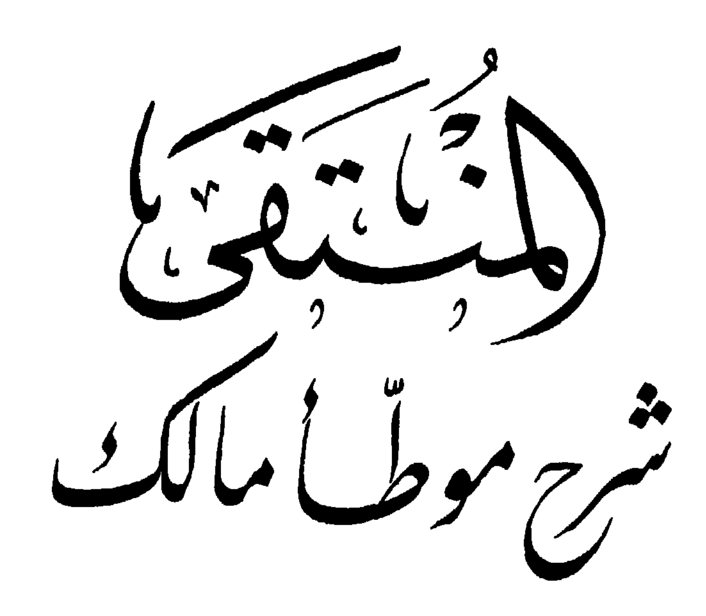


تأليف

القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي
المتوفى سنة ٤٩٤هـ

تحقيق

محمد عبد القادر أحمد عطا

الجزء السابع

منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-2742-X



http://www.al-ilmiyah.com.lb/
e-mail : sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب المساقاة

ما جاء فى المساقاة

١٣٧٠ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ لِيَهُودِ خَيْبَرَ يَوْمَ الفتح: «أُقِرُّكُمْ فِيهَا مَا أَقَرَّكُمُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ عَلَى أَنَّ الثَّمَرَ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ». قَالَ: فَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَبْعَثُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ رَوَاحَةَ فَيَخْرُصُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ ثُمَّ يَقُولُ: إِنْ شِئْتُمْ فَلَكُمْ وَإِنْ شِئْتُمْ فَلِيَ، فَكَانُوا يَأْخُذُونَهُ.

١٣٧١ - مَالِكٌ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَبْعَثُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ رَوَاحَةَ إِلَى خَيْبَرَ، فَيَخْرُصُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ يَهُودِ خَيْبَرَ، قَالَ: فَجَمَعُوا لَهُ حَلْيًا مِنْ حَلْيِ نِسَائِهِمْ، فَقَالُوا لَهُ: هَذَا لَكَ وَخَفِّفْ عَنَّا، وَتَجَاوَزْ فِي الْقَسْمِ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَوَاحَةَ: يَا مَعْشَرَ الْيَهُودِ، وَاللَّهِ إِنَّكُمْ لَمِنْ أَبْغَضِ خَلْقِ اللَّهِ إِلَيَّ، وَمَا ذَاكَ بِحَامِلِي عَلَى أَنْ أَحِيفَ عَلَيْكُمْ، فَأَمَّا مَا عَرَضْتُمْ مِنَ الرَّشْوَةِ، فَإِنَّهَا سُحْتٌ، وَإِنَّا لا نَأْكُلُهَا، فَقَالُوا: بِهَذَا قَامَتِ السَّمَوَاتُ وَالأَرْضُ(*) .

١٣٧٠ - أخرجه الشافعى فى مسنده ١٣٥/٢. البيهقى فى معرفة السنن والآثار ١٢٠٧٨/٨.

وقال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٠٥/٨: هكذا روى هذا الحديث بهذا الإسناد، عن مالك، عن ابن شهاب، عن سعيد، جماعة رواة الموطأ، وكذلك رواه أكثر أصحاب الزهرى. وقد وصله منهم صالح بن أبى الأخضر، عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب، عن أبى هريرة، «أن رسول الله ﷺ لما افتتح خيبر، دعا اليهود فقال: نعطيكم الثمر على أن تعملوها، أقركم ما أقركم الله؟ وكان رسول الله ﷺ يبعث عبدالله بن رواحة فيخرصها عليهم، ثم يخيرهم أيأخذون بخرصه، أم يتركون».

١٣٧١ - أخرجه أبو داود برقم ٣٤١٣، ٢٦١/٣ كتاب البيوع، عن عائشة. البغوى فى شرح السنة ٢٥١/٨، عن عائشة.

(*) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٢٣/٨: هذا الحديث مرسل فى جميع الموطآت عن مالك=

الشرح: قوله: «**أنه قال ليهود خيبر يوم افتتح خيبر**» يريد في ذلك الزمن حيث وجب تفرغ النظر للمسلمين فيها كما يقال قال كذا يوم بدر، وفعل كذا يوم أحد، وإنما جرى ذلك في الأيام المضافة إليها.

فصل: وقوله: «**على ما أقركم الله عز وجل على أن التمر بيننا وبينكم**» يقتضي أن النخل صارت لرسول الله ﷺ وللمسلمين دون أهل خيبر، ولذلك كان لهم بالعمل بعض الثمرة، واختلف العلماء في افتتاح خيبر، فقال بعضهم: افتتحت عنوة، لما روى عبد العزيز بن صهيب عن أنس أن رسول الله ﷺ غزا خيبر، فأصبناها عنوة.

وقال آخرون: افتتحها بعضها عنوة، وبعضها صلحًا[1]، وهو الذي رواه مالك عن

=بهذا الإسناد، وقد يستند معنى هذا الحديث من رواية ابن عباس، وجابر، وغيرهما، عن النبي ﷺ، وسماع سليمان بن يسار من ابن عباس صحيح. وقال معمر، عن الزهري في هذا الحديث: خمس رسول الله ﷺ خيبر، ولم يكن له ولا لأصحابه عمال يعملونها ويزرعونها، فدعا يهود خيبر - وقد كانوا أخرجوا منها - فدفع إليهم خيبر على أن يعملوها على النصف، يؤدونه للنبي ﷺ، وقال لهم: «أقركم على ذلك بما أقركم الله». فكان يبعث إليهم عبدالله بن رواحة فيخرص النخل حين يطيب أوله، ثم يخير يهود يأخذونها بذلك أو يدفعونها بذلك الخرص، وإنما كان رسول الله ﷺ أمر بالخرص في ذلك، لكي تحصى الزكاة في ذلك قبل أن تؤكل الثمرة.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٨/٢٠٥: أجمع العلماء من أهل الفقه والأثر، وجماعة أهل السير، على أن خيبر كان بعضها عنوة، وبعضها صلحا، وأن رسول الله ﷺ قسمها، فما كان منها صلحا، أو أخذ بغير قتال كالذي جلا عنه أهله، عمل في ذلك كله بسنة الفيء، وما كان منها عنوة، عمل فيه بسنة الغنائم إلا أن ما فتحت الله عليه منها عنوة، قسمه بين أهل الحديبية وبين من شهد الوقعة. وقد رويت في فتح خيبر آثار كثيرة ظاهرها مختلف، وليس باختلاف عند العلماء على ما ذكرت لك، إلا أن فقهاء الأمصار اختلفوا في القياس على خيبر سائر الأرضين المفتتحة عنوة، فمنهم من جعل خيبر أصلا في قسمة الأرضين، ومنهم من أبى من ذلك وذهب إلى إيقافها، وجعلها قياسا على ما فعل عمر بسواد الكوفة، وسنبين ذلك كله في هذا الباب - إن شاء الله. فأما الآثار عن أهل العلم والسير بأن بعض خيبر كان عنوة، وبعضها بغير قتال، فمن ذلك ما روى ابن وهب، عن مالك، عن ابن الشهاب، أن خيبر كان بعضها عنوة، وبعضها صلحا، قال: فالكتيبة أكثرها عنوة، وفيها صلح، قلت لمالك: ما الكتيبة؟ قال: من أرض خيبر، وهي أربعون ألف عذق. قال مالك: وكتب أمير المؤمنين يعني المهدي - أن تقسم الكتيبة مع صدقات النبي ﷺ، فهم يقسمونها في الأغنياء والفقراء، فقيل لمالك: أفترى ذلك للأغنياء؟ قال: لا، ولكن أرى أن يفرقوها على الفقراء. قال إسماعيل بن إسحاق: وكانت خيبر جماعة حصون، فافتتح بعضها بقتال، وبعضها سلمه أهله على أن تحقن دماؤهم.

ابن شهاب، والكثيبة أكثرها عنوة، وفيها صلح. قال مالك: والكثيبة من أرض خيبر أربعون ألف عرق.

وقال موسى بن عقبة: كان مما أفاء الله على المسلمين من خيبر نصفها، فكان النصف لله ولرسوله، والنصف الآخر للمسلمين، فكان النصف الذى لله ولرسوله الكثيبة والوطيح والسلالم ووجرة، والنصف الذى للمسلمين بطلة والشق، وهذا يقتضى أن معنى الصلح أنهم تخلوا عن النخل والأرض، فعلى هذا تقرر أن جميع الأرض والنخل لله ولرسوله وللمسلمين.

مسألة: فأما إن كان على وجه الصلح، فذلك كله لله ولرسوله. قال القاضى أبو إسحاق قال: وكان سبيل ذلك سبيل النضير، وما كان خيبر بقتال، وقسمها رسول الله ﷺ بين من حضرها من المسلمين، وبين من غاب عنها من أهل الحديبية خاصة؛ لأن الله تعالى وعدهم بها يريد قوله: ﴿**وعدكم الله مغانم كثيرة تأخذونها فعجل لكم هذه**﴾ [الفتح: ٢٠].

مسألة: وظاهر قوله: «**أقركم على ما أقركم الله**» يقتضى أن ذلك كان عند المساقاة، ولعله كان بعد وصف العمل والاتفاق منه على معلوم بعبارة أو غيرها، وقد ذهب إلى جواز المساقاة مالك والشافعى وجمهور الفقهاء، ومنع جوازها أبو حنيفة.

والدليل على ما نقوله ما روى «أن النبى أعطى خيبر ليهود على أن يعملوها ويزرعوها، ولهم شطر ما يخرج منها»(*).

ومن جهة القياس أن التمر نوع مال يزكو بالعمل لا يجوز أن يكون لمنفعته المقصودة، فجازت المعاملة عليه ببعضها.

مسألة: وهذا اللفظ لا يتناول العقد على مدة يلزم العقد فى جميعها، وإنما يلزم فى مقدار منها. فأما المساقاة، فإنها تلزم فى عام واحد؛ لأنه لا يمكن أن تتبعض، وكذلك كلما شرع العامل فى عام، لزم العقد فى ذلك العام، وكذلك المتساقيان بالخيار فيما بعده.

وقد قال مالك فى الرجل: يكترى من الرجل داره على شهر بدينار أو كل عام بدينارين، أن ذلك جائز، وكل واحد منهما فى الإجارة أن يتمادى على العمل، وأن

(*) أخرجه أبو داود برقم ٣٤٠٨، ٣/٣٦١ كتاب البيوع، عن ابن عمر. ابن أبى شيبة ١٤/٢٧٦، عن ابن عمر.

يتركه ما شاء، وكذلك المساقاة لكل واحد منها ما ترك ذلك ما لم يشرع العامل فى عمل سنته، فتلزمه تلك السنة.

وقال عبدالملك: يلزم أجرة جزء واحد مما جعلاه عملاً على حساب الأجرة من شهر أو سنة.

وجه الرواية الأولى أن العقد لم يقع على شيء مقرر يلزم فيه، وإنما هو مبنى على أن ما اتفقا عليه لزمهما بالاستيفاء من حساب ما قرراه، ولهما أن يزيد ما شاءا أم ما اتفقا على ذلك، ومن أراد منهما الترك، فذلك له إذ ليس بينهما عقد يلزم أحدهما، وجميع المدة فى ذلك على كل واحد، فإذا كان الخيار لكل واحد منهما فى الشهر الثانى والسنة الثانية، فكذلك الأولى.

ووجه القول الثانى أن عقد الإجارة عقد لازم، وأقل ما يقع عليه العقد ما ذكر من المدة المقدرة، فيجب أن يلزم فيه، ويكون الخيار فيما بعده.

فصل: وقوله: «**على أن الثمرة بيننا وبينكم**» يقتضى المشاركة، وليس فى هذا اللفظ تحديد جزء العامل من الثمرة غير أن الظاهر المساواة، ولعله قد تبين ذلك لهم، فنقله الراوى على هذا اللفظ لما كان ظاهره المساواة.

وقد روى عن ابن عمر أنه قال: أعطى رسول الله ﷺ أهل خيبر النصف، وأبو بكر وصدرًا من خلافة عمر.

مسألة: ويقتضى مع ذلك المساواة فى الحوائط كلها، وإن كان بعضها أفضل من بعض. وقد قال ابن القاسم فى العتبية: لا بأس أن يساقيه حائطين على النصف جميعًا أو على الثلث. قال مالك فى الموازية: ويجوز أن يكون أحد الحائطين نخلاً، وفى الآخر أصناف الشجر، ويكون بعضها أفضل من بعض سقيًا واحدًا، وأن بعضها بعلاً وبعضها سقيًا، فإن كان على مساقاة مختلفة، فلا خير فى ذلك.

ووجه ذلك أن النبى ﷺ ساقى خيبر كلها على النصف، وفيها الجيد والردىء.

ومن جهة المعنى أن عقد المساقاة بمعنى حكم القراض، فكما لا يجوز أن يدفع إليه مالين على وجه القراض بعقد واحد، وعلى أجزاء مختلفة لم يجز ذلك فى المساقاة، ولما جاز أن يدفع إليه جنسين من العين ورقًا وذهبًا فى عقد واحد على جزء واحد، جاز مثله فى المساقاة.

فرع: فإذا قلنا إنه لا يجوز عمل فى عقد واحد على أجزاء مختلفة، فإن عمل على ذلك رد إلى مساقاة مثله، وكذلك لو عاقده السنين بأجزاء مختلفة، لم يجز، فإن عمل على ذلك جميع السنتين فله مساقاة مثله فيما مضى، وفيما بقى ولا يفسخ ما بقى، وقاله فى الموازية.

ووجه ذلك أنه إنما يلزمه مساقاة جميع السنتين؛ لأنه إنما أخذ بعضها بسبب بعض، فقد ينفق فى أول عام ليستغل أعوامًا، فإذا لزمه بعض الأعوام لزمه جميعها.

مسألة: إن كان فى عقود مختلفة على أجزاء مختلفة، جاز ذلك، قاله فى الموازية، ولا يجوز مثل هذا فى القراض؛ لأن عقد القراض عقد جائز، وعقد المساقاة عقد لازم، فإذا عقد فى حائط على النصف، ثم عقد فى حائط آخر على الثلث، لم يتعلق أحد العقدين بالآخر، فجاز ذلك.

فصل: وقوله: «**فكان رسول الله ﷺ يبعث ابن رواحة للخرص**» ظاهر اللفظ يقتضى تكرر خرصه لهم. وقال الشيخ أبو إسحاق فى زاهيه: خرص عليهم عامًا ثم قتل بمؤتة، فقدم غيره، ويحتمل أن يريد خرص أموال المساقاة لما يجب فيها من الزكاة لأن مصرف الزكاة فى غير مصرف غلة أرض العنوة ونخلها لأن الزكاة لا تصرف إلا إلى الأصناف التى ذكر الله تعالى فى كتابه فى قول تعالى:﴿**إنما الصدقات للفقراء والمساكين**﴾ [التوبة: ٦٠]، وأما غلة أرض العنوة، فإن الإمام يعطيها من يستحقها من الأغنياء والفقراء، ولذلك كان يخرصها ليميز حق الزكاة من غيرها.

وقد قال ابن مزين: سألت عيسى عن فعل ابن رواحة إذا كان يخرص تمر خيبر الذى أقره النبى ﷺ بأيدى اليهود مساقاة، ثم يقول لهم: «**إن شئتم، فلكم، وإن شئتم، فلى**» فكانوا يأخذون، أيجوز ذلك للمساقين والشريكين، فقال: لا يعمل بذلك، ولا يصلح اقتسامه إلا كيلاً إلا أن تختلف حاجتهما إليه فيقسمانه الخرص.

وهذ الذى قاله عيسى حمله عليه أنه تاول الخرص للقسمة خاصة، وإذا كان الخرص للزكاة لزم إخراجها من جميع ثمر الحائط إن كان العامل ذميًا أو عبدًا؛ لأن الزكاة إنما تعتبر بحال مالك الأصل، فإن كان صاحب الأصل مسلمًا حرًا، فالزكاة فى جميعه.

وإن كان صاحبه عبدًا أو ذميًا، فلا زكاة فى شيء منه؛ لأن العامل إنما يملك حصته من الثمرة بالقسمة، والزكاة تجب فيها قبل ذلك يبدو الصلاح، وقد تقدم ذكره.

مسألة: ويحتمل أن يكون الخرص للقسمة لأنه قد علم اختلاف حاجتهما إليه لأن

اليهود كانوا يريدون أن يأكلوه رطبًا، والصحابة لا يمكنهم ذلك ولا يحتاجون إليه إلا تمرًا.

وقد قال مالك فى الشركاء فى الحائط تختلف حاجتهم إلى الثمرة، فبعضهم يريد البيع، وبعضهم يريد أكله رطبًا، وبعضهم يريد أكله تمرًا: إن ذلك يبيح قسمته بينهم بالخرص، وإن اتفقت حاجتهم، فإن أراد جميعهم البيع أو أكله رطبًا أو تمرًا لن تقسم بينهم بالخرص، وقد تقدم ذكره فى القسمة.

فصل: وقول ابن رواحة: «**إن شئتم فلكم وإن شئتم فلى**» حمله عيسى على أنه كان يسلم إليهم جميع الثمرة بعد الخرص ليضمنوا حصة المسلمين من الثمرة، ولو كان هذا لم يجز؛ لأنه بيع الثمرة بالثمرة بالخرص فى غير العرية.

وإنما يجوز مثل هذا فى الزكاة أن يخرص عليهم ثم يكون عليهم من الثمر ما أوجبه الخارص عليهم على سنة الزكاة فى أموال المسلمين؛ لأن أصل الحوائط لهم.

فإذا حملناه على هذا الوجه، فمعنى قوله: «**إن شئتم فلكم، وإن شئتم فلى**» على سبيل التحقيق لصحة خرصه، فيقول لهم: إن شئتم أن تأخذوا الثمرة على أن تؤدوا زكاة ما خرصته عليكم، وإلا فأنا أشتريها من الفىء بمثل ما يشترى به، فيخرج هذا الخرص الذى خرصه، وذلك معروف لمعرفتهم بسعرالتمر، فكانوا يأخذونه لتحققهم صحة قوله.

وإن قلنا إن المراد به خرص الثمرة لا قسمة لاختلاف الحاجة، فمعنى قوله: إن شئتم فلكم هذا النصف، وإن شئتم فلى ولكم هذا الآخر، على معنى التخيير لهم فى النصفين ليأخذوا أيهما شاءوا لتحققه التساوى فى ذلك، فكانوا يأخذون الذى يسر لهم ويخصهم به، إما لأن ذلك أنفع لهم، وأقرب لمساكنهم. أو أبعد من الدخول فيه عليهم أو لمعنى من المعانى أو لأنهم فرحوا به وسألوه إياه بين ذلك أن وقت طيب النخل أو بعد ذلك ما دامت فى رءوس النخل ليس بوقت قسمة ثمرة المساقاة لأن على العامل أخذها والقيام عليها حتى يجرى الصاع أو الوزن سبب ذلك أن الخرص قبل ذلك لم يكن للقسمة إلا معنى اختلاف الأغراض والحاجات على ما تقدم.

فصل: والظاهر فى قوله لجماعتهم: «**إن شئتم فلكم، وإن شئتم فلى**» إن كان على وجه المساقاة لاختلاف الأغراض والحاجات، تقتضى أنه ساقى جميعهم جملة واحدة الحوائط، ولم يخص كل إنسان منهم بحائط، ولذلك قال مالك قد ساقى رسول الله

ﷺ خيبر على مساقاة واحدة على النصف وفيها الجيد والدنيء ولا تعلق له في هـذا إلا أن يكون عقد على جميعها عقدًا واحدًا، وإن كان في غالب الحـال يختلـف مـا عوقـدوا عليه لاختلاف الحوائط مع جواز المساقاة على أكثر من النصف وأقل، ولا اختـلاف أنـه يجوز لصاحب الحائط أن يساقي فيه جماعة.

فصل: وقوله في حديث ابـن يسـار: «**كـان يبعـث ابـن رواحـة ليخـرص بينـه وبـين يهود**» أضاف الخرص إليه لتصرفه فيه، ويحتمل أن يكون فيما يخصه لنفقة عيالـه وإنفـاذه ليخرص على ما تقدم غير أن لفظه كان يقتضي التكرار، وأنه تكـرر إنفـاذه إليهـم لهـذا المعنى لدينه وأمانته، ومعرفته بهذا الشأن، ولعله كان عالما بثمر تلك الجهة، ومـا ينقـص بالجفوف.

فصل: وقوله: «**فجعلوا له حليا، قالوا: هذا لك وخفف عنا**» أرادوا بذلك التخفيـف من الحق الذى يجب في الخرص، ولا يجوز فعله لما فيه من الحيـف علـى المسـلمين، وأمـا التخفيف اليسير، فإن كان بمعنى المقاسمة، فلا يجـوز فيـه إلا المسـاواة، وإن كـان بمعنـى الزكاة، فقد تقدم ذكره في باب الزكاة.

فصـل: وقولـه: «**يـا معشـر يهـود إنكـم لمـن أبغـض خلـق اللـه إلىّ**» يريـد لكفرهـم وإظهارهم العداوة والمخالفة للنبي ﷺ وللمسلمين، وقد أنبـأ اللـه تعـالى بذلـك، فقـال: ﴿**لتجدن أشد الناس عداوة للذين آمنـوا اليهـود والذيـن أشـركوا**﴾ [المائد: ٨٢]، ثـم قال: «**وما ذاك بحاملي على الحيف عليكم**» ييئسهم بذلك من حيفه علـى المسـلمين مـع محبته فيهم وسعيه لهم.

فصل: قوله: «**وأما ما عرضتم من الرشوة فإنه سحت**» يريد حرام، وقد وصـف اللـه اليهود بأكلها، فقـال: ﴿**سـماعون للكـذب أكـالون للسـحت**﴾ [المائدة: ٤٢]، وقـال تعالى: ﴿**يا أيهـا الذيـن آمنـوا إن كثـيرًا مـن الأحبـار والرهبـان ليـأكلون أمـوال النـاس بالباطل ويصدون عن سبيل اللـه**﴾ [التوبـة: ٣٤]، فرامـوا أن يستنزلوا ابـن رواحـة لمـا علموا من ورعه وأمانته، وحرصوا أن يدخلوه فيما يتلبسون به من أخـذ الرشـوة وأكـل السحت، قال الله عز وجل: ﴿**ودّ كثير من أهل الكتاب لو يردونكم مـن بعـد إيمـانكم كفارًا حسدًا من عند أنفسـهم مـن بعـد مـا تبـين لهـم الحق**﴾ [البقـرة: ١٠٩]، وقـال: ﴿**ودوا لو تكفرون كما كفروا فتكونون سواء**﴾ [النساء: ٨٩]، فعصمه الله ورد ذلـك عليهم ولم يعاقبهم امتثالاً لقول الله تعالى: ﴿**فاعفوا واصفحوا حتـى يـأتي اللـه بـأمره**﴾

[البقرة: ١٠٩].

فصل: وقولهم: «**بهذا قامت السموات والأرض**» ويحتمل أن يريد به الإقرار بالحق والرجوع إلى الاعتراف به، إما للتعجيل الخزى لهم فى الدنيا أو ليتخلصوا به مما ظنوا أنه يحل بهم من العقوبة إذا أروه الرجوع إلى قوله والرضا بفعله.

قَالَ مَالِك: إِذَا سَاقَى الرَّجُلُ النَّخْلَ وَفِيهَا الْبَيَاضُ، فَمَا ازْدَرَعَ الرَّجُلُ الدَّاخِلُ فِى الْبَيَاضِ فَهُوَ لَهُ: قَالَ: وَإِنِ اشْتَرَطَ صَاحِبُ الأَرْضِ أَنَّهُ يَزْرَعُ فِى الْبَيَاضِ لِنَفْسِهِ، فَذَلِكَ لا يَصْلُحُ لأَنَّ الرَّجُلَ الدَّاخِلَ فِى الْمَالِ يَسْقِى لِرَبِّ الأَرْضِ، فَذَلِكَ زِيَادَةٌ ازْدَادَهَا عَلَيْهِ، قَالَ: وَإِنِ اشْتَرَطَ الزَّرْعَ بَيْنَهُمَا، فَلا بَأْسَ بِذَلِكَ إِذَا كَانَتِ الْمَئُونَةُ كُلُّهَا عَلَى الدَّاخِلِ فِى الْمَالِ الْبَذْرُ وَالسَّقْىُ وَالْعِلاجُ كُلُّهُ، فَإِنِ اشْتَرَطَ الدَّاخِلُ فِى الْمَالِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ أَنَّ الْبَذْرَ عَلَيْكَ، كَانَ ذَلِكَ غَيْرَ جَائِزٍ؛ لأَنَّهُ قَدِ اشْتَرَطَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ زِيَادَةً ازْدَادَهَا عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا تَكُونُ الْمُسَاقَاةُ عَلَى أَنَّ عَلَى الدَّاخِلِ فِى الْمَالِ الْمَئُونَةَ كُلَّهَا وَالنَّفَقَةَ، وَلا يَكُونُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ مِنْهَا شَىْءٌ فَهَذَا وَجْهُ الْمُسَاقَاةِ الْمَعْرُوفُ(١).

الشرح: وهذا على ما قال، وذلك أنه لا يخلو أن يسكت عن البياض فى عقد المساقاة أو يشترط أحد المعاقدين، فإن سكت عنه، فقد قال ابن الجلاب فى تفريعه: هو لصاحبه يفعل فيه ما شاء من زراعة وإجارة أو ترك، وقال محمد وابن حبيب: إن تشاحا عند الزارعة، فذلك للعامل.

وجه القول الأول، وهو مقتضى رواية ابن نافع عن مالك الحديث المتقدم: «**أقركم ما أقركم الله على أن الثمرة بيننا وبينكم**»(*).

فوجه الدليل من هذا أنه شرط لنفسه وللمسلمين نصف الثمرة، وذلك وقت الاشتراط واستيفاء الجفوف وتبينها، فظاهر ذلك أنه جميع ما يكون له.

ووجه آخر، وهو أن الأرض بين العاملين، وإنما يكون للنبى ﷺ وللمسلمين ما تناوله اشتراطه، وهو نصف الثمرة دون سائر ما بأيديهم، ولذلك انفردوا بمساكنها

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/٢١٩.

(*) تقدم تخريجه فى الحديث رقم ١٣٧٠.

ومسارحها، وغير ذلك.

وما روى عن النبى ﷺ «أنه أعطى خيبر ليهود علـى أن يعملوهـا ويزرعوهـا، ولهـم شطر ما يخرج منها على ما يعمل فيها من الأشجار»(*) يحتمل أن يكـون فـى عقديـن أو على مكانين أو زمانين، ويحتمل أن يعود الضمير، فيما يخرج منها، على مـا يعمـل فيهـا من الأشجار، فيكون بمعنى ما قد ساقه فى الحديث الأول.

مسألة: وإن كان سكت عن ذلك حتى زرعها العامل لنفسه، فقـد قـال محمـد وابـن حبيب: ما زرع العامل، فهو له وفى كتاب ابن سحنون عن ابن نافع عـن مـالك: عليـه كراء الأرض لصاحب الحائط.

وجه القول الأول ما قدمناه من أن لفظ المساقاة إنمـا يختـص بالثمـار، ومـا كـان مـن الأرض على وجه التبع، فهو للعامل كالمراح والمسكن وغير ذلك.

ووجـه القـول الثـانى أنـه مقصـود بـالحرث والعمـل، فوجـب أن لا يختـص بالعـامل كالثمرة.

مسألة: وأما الشرط، فإن فضل ذلك ملغى للعامل، قاله مـالك فـى المدونـة والموازيـة وغيرهما.

ووجه ذلك ما قدمناه من أن اسم المســاقاة يختـص بـالثمر ومالـه أصـل ثـابت وفـرع ظاهر حين المساقاة. وأما الأرض البيضاء، فعلى وجه ارتفاق العامل ما بين الأصـول مـن البياض.

مسألة: فإن شرطا أن يكون بينهما على أن يكون البذر والعمل من عند العامل، فقـد قال مالك فى المدونة وغيرها: ذلك جائز. قال ابن القاسم: وذلك أن السنة جـاءت فـى خيبر أن النبى ﷺ عاملهم فى البياض والسواد على النصف.

مسألة: وإن شرطا أن يكون بينهما والبذر من عندهما، ففى المدونة: لا يجـوز ذلـك، وكذلك إن كان البذر كله من عند صاحب الأرض، ففى الموازية: لا يجوز.

ووجه ذلك أن العمل والمنفعة كلها على العامل، لا يجوز أن يكـون شـىء مـن ذلـك على صاحب الأرض والبذر والعمل من ذلك، فلا يجوز أن يكون شىء منـه عليـه كمـا

(*) أخرجـه أبـو داود برقـم ٣٤٠٨، ٣/٣٦١ كتـاب البيـوع، عـن ابـن عمـر. ابـن أبـى شـيبة ١٤/٢٧٦، عن ابن عمر.

لا يجوز أن يكون له جميع الزرع لما فى ذلك من اشتراطه على العامل زيادة ينفرد بها.

ولو كان البياض تبعًا، فاشترط العامل ثلاثة أرباعه، فقد أبى ذلك ابن القاسم، وكرهه أصبغ مرة، ثم أجازه.

ووجه القول الأول أنه لما اشترط بعضه كان ذلك زيادة فى المساقاة ازدادها العامل، ولم يكن على وجه الإلغاء؛ لأن الإلغاء إنما يكون فى جميعه.

ووجه القول الثانى أنه اشترط أرضًا هى تبع المساقاة، فجاز ذلك كما اشتراطه جميعًا والتوجيهان لأصبغ من رواية محمد.

فرع: وسواء كان البياض بين أثناء السواد أو منفردًا عن الشجر فى ذلك الحائط، قاله محمد. ووجه ذلك أنه تبع لملك صاحب الأصل.

فرع: ولو استثنى العامل البياض فيما يجوز زرعه ثم أجيحت الثمرة، ففى العتبية من رواية سحنون عن ابن القاسم عن مالك: عليه كراء الأرض البياض. وقال سحنون: جيد؛ لأنه لم يعط إياه إلا عمل السواد، فلما ذهب السواد كان له أن يرجع بالكراء. قال على بن زياد عن مالك: وكذلك لو عجز الداخل عن العمل عليه كراء مثله فى البياض.

فرع: وإن كانت المساقاة فى زرع، وفى وسطه أرض بيضاء، فاشترطها العامل لنفسه، قال ابن القاسم: لا بأس بذلك كالنخل، وهذا إذا كانت يسيرة تبعًا لأرض الزرع. قال محمد: وحكمه حكم بياض النخل، وأحب إلينا أن يلغى الداخل.

مسألة: وإذا ساقاه زرعا فيه شجر تبعًا للزرع، واحد لا للعامل كمشترى الدار فيها نخل يشترط ثمرتها، ولا يجوز أن يكون بينهما، ولا يكون لصاحب الأرض إذا كان العامل يسقى ذلك، قاله محمد.

وجه القول الأول أنه مما يجوز فيه المساقاة، فلا يخلو أن يلغى كنوع من الشجر.

ووجه القول الثانى أن هذه أرض يعتبر فيها التبع للنخل، فجاز أن يلغى كما لو ابتدأ بذرها وزراعتها. قال ابن المواز: ولم أجد أحدًا اختار هذا القول، وقول ابن القاسم هو المعروف.

قَالَ مَالِك فِى الْعَيْنِ تَكُونُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ، فَيَنْقَطِعُ مَاؤُهَا، فَيُرِيدُ أَحَدُهُمَا أَنْ يَعْمَلَ

فِي الْعَيْنِ، وَيَقُولُ الآخَرُ: لا أَجِدُ مَا أَعْمَلُ بِهِ: إِنَّهُ يُقَالُ لِلَّذِي يُرِيدُ أَنْ يَعْمَلَ فِي الْعَيْنِ اعْمَلْ وَأَنْفِقْ، وَيَكُونُ لَكَ الْمَاءُ كُلُّهُ تَسْقِي بِهِ حَتَّى يَأْتِيَ صَاحِبُكَ بِنِصْفِ مَا أَنْفَقْتَ، فَإِذَا جَاءَ بِنِصْفِ مَا أَنْفَقْتَ، أَخَذَ حِصَّتَهُ مِنَ الْمَاءِ، وَإِنَّمَا أُعْطِيَ الأَوَّلُ الْمَاءَ كُلَّهُ لأَنَّهُ أَنْفَقَ، وَلَوْ لَمْ يُدْرِكْ شَيْئًا بِعَمَلِهِ لَمْ يَعْلَقِ الآخَرَ مِنَ النَّفَقَةِ شَيْءٌ[1].

الشرح: روى سحنون عن ابن القاسم فى تفسير قول مالك فى الماء يكون بين الرجلين فيغور، أن كل أرض مشتركة لم يقسما أصلها من نخل أو أصول أو أرض فيها زرع زرعوه جميعًا، فانهدمت البئر، فإنه يقال لصاحبه أعمل مع صاحبك أو بع حصتك من الأصل والماء أو قاسمه الأصل، فخذ حصتك، ويأخذ حصته، فمن أحب أن يعمل ومن أحب أن يترك ترك.

ومن عمل منهما كان له الماء كله حتى يأتيه شريكه بما يصيبه من النفقة، فيرجع على حقه من الماء، وإن كان بينهما زرع أو شجر مثمر فى أرض لهما، فإن الآبى يجبر على عمل حصته أو بيعها من يعمل.

وأما إذا كانت حصة كل واحد منهما مفردة والماء واحدًا، فمن أبى منهما العمل، فذلك له، ويقال للآخر اعمل ولك الماء كله حتى يأتى شريكه بحصته من النفقة، وإنما ذلك بمنزله الدار تنهدم فيأبى أحد الشريكين أن يبنى، فيقال له ابن مع شريكك أو قاسمه، قاله سحنون. وابن نافع والمخزومى يقولان: إنما ذلك فى بئر ليس عليها ما يجنى لا زرع ولا نخل ولا غيره.

فأما ما كان بئرًا أو عينا عليهما ما يجنى، فإن أبى العمل يجبر على أن يعمل مع شريكه أو يبيع ممن يعمل معه كالسفل لرجل والعلو لآخر فيهدم ذلك فإن صاحب السفل يجبر على أن يعمل معه فإن أبى بيع عليه.

وقال عيسى فى العتبية: يقال للآبى: إما أن تعمل وإما أن تبيع ممن يعمل معه ويجبر

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/٢٢١، وقال: قول مالك هذا قول حسن، وحجته له بذلك. وقول الكوفيين نحوه إلا أنهم قالوا: لا يكون ذلك إلا بقضاء قاض وحكومة حاكم، فإن أنفق دون قضاء الحاكم رغبة فى أن يتميز له ما يريده من عمل حصته كان متطوعا بنفقته، ولا شيء له على شريكه، ويأخذ حصته كاملة يعتلها معه.

وقال الشافعي: لا يجبر الشريك على الإنفاق، ويقال لشريكه: إن شئت تطوع بالإنفاق، وإن شئت، فدع، وقضاء القاضى، وغيره فى ذلك سواء؛ لأن ليس لأحد أن يلزم غيره دينا، لم يجب عليه بغير رضا منه.

على ذلك قال: وكذلك قال مالك، فيجيء على قول ابن القاسم أن ذلك على ثلاثة أضرب، إذا ما يسقى بالبئر أو العين مقسوما، فمن شاء أن يبنى بنى ومن شاء أن يترك ترك وقاسه على الشريكين فى الدار تنهدم وقاسه ابن نافع والمخزومى على صاحب السفل والعلو وهو أظهر لأن شريكه فى العين لا يقدر على الانتفاع به لقسمة الأصل كما لا يقدر صاحب العلو على بنيان علوه إلا بعد أن يبنى صاحب السفل وصاحب الدار يقدر بعد المقاسمة على بنيان حصته من القاعة.

والضرب الثانى أن يكون مشاعا يقدر على مقاسمته، فإنه يؤمر الآبى أن يعمل مع صاحبه أو يقاسمه فيعود إلى حكم الضرب الأول.

والضرب الثالث أن يكون الذى يسقيان مما لا يصلح قسمته كثمرة نخلها أو زرع أرضها فهو الذى يجبر عند ابن القاسم على العمل مع شريكه أو على أن يبيع ممن يعمل معه فراعى فى هذا بقاء الشركة بينهما وإذا روعى حق الطالب الذى يرد العمل، فإن المضرة تلحقه إذا انفرد زرعه وثمرته كما تلحقه حال الاشتراك فيجب أن يكون الحكم فى ذلك سواء على ما رواه عيسى عن مالك.

مسألة: فإن عمل أحدهما دون الآبى؟ فقد قال ابن القاسم فى الثلاثة الأضرب أنه يكون بالماء حتى يأتيه شريكه بما يصيبه من النفقة، وهو قول مالك إلا أنه إذا أعطاه حصته من النفقة فقد صار منفقا معه وزالت العلة المانعة من ذلك وهو إبايته من النفقة.

فرع: فلو كان العامل قد اغتل منها غلة كثيرة قبل أن يرد إليه حصتة الآبى مما أنفق، فقد روى عيسى فى العتبية أنه اختلف فى ذلك، فقال محمد بن دينار فى مسألة الرحا: للعامل من ذلك بقدر ما أنفق وما كان له قبل أن ينفق ويكون للآبى بقدر ما كان بقى له من ذلك، وهو قول ابن وهب.

وأما ابن القاسم فقال مرة: الغلة كلها للعامل دون الآبى حتى يعطى قيمة ما عمل. قال عيسى: وبهذا القول رأيت ابن بشير يحكم وبه أخذ، ثم قال ابن القاسم بعد ذلك فى مسألة الرحا: يحاصه بما عمل فيما أنفق، فإذا استوفى ذلك رجع الآبى فى حظه ولم يكن عليه شيء.

وجه قول ابن دينار أن مقدار ما كان بقى من منافع الرحا من هند وآلة لأصبغ فيه فمن اختار العمل، فعليه باقيه للآبى، وما زاد على ذلك، فإن للعامل غلته مع حصته مما بقى.

ووجه قول ابن القاسم الأول، وهو الذى اختاره عيسى أن حصة الآبى لم يكن ينتفع بها ولا غلة لها إلا بما عمله العامل، فكانت غلة ذلك كله للعامل حتى يعطيه الآبى حصته من النفقة كرقبة العين.

ووجه القول الثانى لابن القاسم أن الرحا والعين باقيان على ملك الآبى حصته منها يجب أن تكون له بذلك القدر من غلتها، وإنما كان ما أنفقته العامل فى ذلك إذا قلنا بقول محمد بن دينار واختيار عيسى بن دينار، فإن الذى يرد سلفا لا يتعلق بذمة وإنما يتعلق بعين لا يتأتى لا يتأتى فيه، فإذا عاد إليه سلفه رجع الآبى إلى استيفائه.

فرع: فإذا قلنا بقول محمد بن دينار واختيار عيسى بن دينار، فإن الذى يرد الآبى إلى العامل ما ينوبه من قيمة العمل يوم يدخل معه لا يوم عمله ولا ما ينوبه من النفقة التى أنفق إلا أن يكون ذلك بحدثانه، قاله عيسى.

ووجه ذلك أنه لما كان الإنفاق له، فإن للآبى الرجوع لأنه من ذلك اليوم تكون له رقبته وغلته وأما قبل ذلك فإن رقبته وغلته للعامل كانتا، فكان له الزيادة وعليه النقص.

فرع: وإذا قلنا بقول ابن القاسم الثانى، فيجب أن يرد ما أنفق فى البنيان على وجه السد له؛ لأن الآبى يحتسب له بغلته من ذلك اليوم، فيجب أن تلزمه تلك النفقة ما لم يكن فيها غبن.

مسألة: وإذا غار ماء عين المساقى فإن ذلك يختلف، فإن انقطع قبل العمل وقبل أن ينفق شيئًا فلا شىء على رب الحائط، فإن أنفق العامل على سدها، فلا شىء له فيما أنفق إلا ما للمتعدى من النقص وله حصته من الثمرة وإن كان بعد العمل.

فقد قال ابن المواز: إن عبدالملك فسره تفسيرًا حسنا، فقال: يتوخى قدر ما لرب الحائط من الثمرة بعد طرح مؤنته فيها إلى وقت بيعها يتكلف أن يعجل وينفقه، فإن أعدم قيل للعامل أنفق ذلك القدر، وتكون حصته من الثمر رهنا بيدك، فذلك، وإلا فيسلم الحائط إلى ربه ولا شىء لك ولا له عليك.

مسألة: ومن اكترى أرضا سنين ليزرعها، فإنهارت بئرها أو غار ماؤها، فإن لم يكن فيها زرع انفسخ الكراء، وليس له أن ينفق فيها شيئًا، قاله ابن حبيب.

ووجه ذلك أن هذا مانع طرأ عليه قبل العمل، فلم يكن على رب الأرض إصلاحها لأنه لا يتلافى بذلك شيئًا، وهى للمكترى، وأما إن كان له فيها زرع وأن الذى يلزم

أن ينفق فيها كراء تلك السنة دون سائر السنين يقوم ذلك إن اختلفت قيم السنين أو على السواء إن تسوت، فإن كان المكترى لم ينقد الكراء، أنفق فى إصلاح ذلك كراء تلك السنة وإن كان قد نقده، فعلى رب الأرض أن ينفقه، قاله ابن حبيب.

وقال ابن المواز: وإن كان قد أفلس قيل للمكترى أنفق سلفا من عندك له، وإنما لم يكن له أن ينفق أكثر من كراء سنة؛ لأن السنة الباقية لم يعمل فيها شيئًا، فلم يلزم إنفاق كرائها، وإنما كراء السنة التى قد زرع فيها ليحيى زرعه والله أعلم.

فصل: وقوله: «**وإنما أعطى الأول الماء كله؛ لأنه أنفق، ولم يدرك شيئًا بعمله، لم يتعلق بالعمل من النفقة شيء**» يحتمل أن يريد بقوله الماء كله ما استقر بعمله، ويحتمل أن يريد به جميع ماء العين ما بقى منه قبل العمل، وما زاد بالعمل، والأول أولى بالصواب، إلا أن يكون ما بقى منه لا يوصل إلى الانتفاع به لقلته، مع أن لفظ الحديث يقتضى أنه لم يبق من الماء شيء، وذلك أنه قال انقطع ماء العين وهذا إنما يعبر به عن ذهاب جميعه، وقال: إن ما قضى بالماء كله للعامل لأنه هو الذى أنفق، يريد أن بنفقته عاد الماء مع إنفاقه على وجه لو لم يعد الماء بنفقته لانفرد بالخسارة، ولم يكن له على الآبى شيء من ذلك، وهذا يقتضى انفراده بضمان النفقة والعلة تمنع الضمان، فوجب أن يكون أحق بالماء حتى يشاركه الآخر فى ذلك بأن يبذل له حصته من النفقة، فيعود إلى حصته من الماء الملكه للأصل.

قَالَ مَالِك: وَإِذَا كَانَتِ النَّفَقَةُ كُلُّهَا والمؤنة عَلَى رَبِّ الْحَائِطِ، وَلَمْ يَكُنْ عَلَى الدَّاخِلِ فِي الْمَالِ شَيْءٌ إِلا أَنَّهُ يَعْمَلُ بِيَدِهِ، إِنَّمَا هُوَ أَجِيرٌ بِبَعْضِ الثَّمَرِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لا يَصْلُحُ؛ لأَنَّهُ لا يَدْرِى كَمْ إِجَارَتُهُ إِذَا لَمْ يُسَمِّ لَهُ شَيْئًا يَعْرِفُهُ وَيَعْمَلُ عَلَيْهِ، لا يَدْرِى أَيَقِلُّ ذَلِكَ أَمْ يَكْثُرُ؟[1].

قَالَ مَالِك: وَكُلُّ مُقَارِضٍ أَوْ مُسَاقٍ، فَلا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَسْتَثْنِيَ مِنَ الْمَالِ وَلا مِنَ النَّخْلِ شَيْئًا دُونَ صَاحِبِهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ يَصِيرُ لَهُ أَجِيرًا بِذَلِكَ، يَقُولُ: أُسَاقِيكَ عَلَى أَنْ تَعْمَلَ لِي فِي كَذَا وَكَذَا نَخْلَةً تَسْقِيهَا وَتَأْبُرُهَا، وَأُقَارِضُكَ فِي كَذَا وَكَذَا مِنَ الْمَالِ

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/٢٢١، وقال: هذا قول كل من يجيز المساقاة أنه لا يجوز إلا على سنتها، وأن العمل على الداخل لا رب الحائط، والقائم كل ما يحتاج إليه بالمزرعة عند من يجيزها.

عَلَى أَنْ تَعْمَلَ لِي بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ لَيْسَتْ مِمَّا أُقَارِضُكَ عَلَيْهِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لا يَنْبَغِي وَلا يَصْلُحُ، وَذَلِكَ الأَمْرُ عِنْدَنَا(٢).

الشرح: قوله: «**إنما قال: لا يصلح أن تكون النفقة والمؤنة على رب الحائط**». لأن العامل يكون أجيرًا؛ لأن المكافأة هى من جنبة العامل بعمل مخصوص، وهو ما يتعلق بنماء الثمرة ويبقى له فى الأصل بعد جد الثمرة عين ثابتة لينتفع بها، وكل بقعة فى الحائط، فإن ذلك يؤدى لأن نفقته على الدواب والرقيق نوع من الإجارة على عملهم فى الحائط، فإذا اشترط شىء من ذلك على رب الحائط فقد شرط عليه عمل، ولا يصح ذلك فى المساقاة كما لا يصح فى القراض لأن القراض؛ أصل للمساقاة، وقد تقدم ذكره.

فصل: وقوله: «**لا يصلح ذلك فإنه لا يدرى كم إجارته**» معناه أنه إذا خرج عن شبه المساقاة ثبت له حكم الإجارة التى يصح أن يكون منها جميع العمل على العامل وبعضه ويشترط عليه جميع الإنفاق أو بعضه، لكنه لا يصح إلا بالإجارة المعلومة المقدرة والمساقاة إنما تنعقد بجزء مذكور أو بجميع الثمرة، وهو قدر مجهول ولا يجوز أن ينعقد على أوسق مقدرة، ولا خلاف فى ذلك نعلمه فما أفسد الإجارة من ذلك صحح المساقاة وما صحح المساقاة أفسد الإجارة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن سنة المساقاة أن يكون على العامل جميع العمل وجميع المؤنة والنفقة والأجراء والدواب والدلاء والحبال والآلات من حديد وغيره، لا أن يكون شىء من ذلك فى الحائط يوم السقاء، فيستعين به العامل، وإن لم يشترطه، قاله فى الواضحة.

ووجه ذلك ما قدمناه من مآل هذه المعانى كلها إلى العمل، وهو مما يختص بالعمل.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن العمل يكون معلوما، فما كان له عرف قام مقام الوصف، وما لم يكن له عرف فلابد من وصفه من عدد الحرث والسقى وسائر العمل، فإن قصر عما شرط عليه، ففى العتبية عن سحنون فيمن ساقى حائطه على أن يحرثه ثلاث حرثات، فيحرثه حرثتين، قال: ينظر جميع العمل المشروط عليه من حرث وسقى وقطع وجنى، فينظر ما عمل هو مما ترك الثلث حط ثلث نصيبه.

---

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٢٢/٢١، وقال: تشبيه مالك صحيح؛ لأن القول فى المساقاة كالمعنى الواحد، لا تجوز فى واحد منهما الزيادة على الخبر الذى يقع عليه الشرط، والعقد فيهما؛ لأنه إذا كان ذلك كان الأجر أن يكون ذلك الجزء مجهولاً.

ووجه ذلك أن نصيبه من الثمرة فى مقابلة جميع العمـل، فـإذا تـرك بعضـه حـط مـن العوض بقدر ما ترك منه.

مسألة: ولو كان ما ترك من العمل قد وجد له بدل من فعل الله تعالى مثـل أن يـترك بعض السقى، فيغنى عن ذلك المطر، ففى العتبية والموازية عن مالك: أنـه لا يحاسبه رب الحائط بذلك.

ووجه ذلك أنه إنما دخل على أن يسقى الحائط ما احتاج من السقى، ولا يقدر ذلـك بعدد، وإنما هو بحسب الحاجة وإذا سقاه المطر أو السيل لم يحتج إلى سقى آخر.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن الأجراء على ضربين: أجراء اسـتأنف العـامل استئجارهم، وأجراء كانوا فى الحائط يوم المساقاة، فأما من استأنف العامل استئجارهم، فإن أجرتهـم على العامل، وأما من كان فيه يوم المسـاقاة، فـإن أجرتهـم علـى رب الحـائط، لا يجـوز اشتراط أجرتهم على العامل بخلاف نفقتهم وكسوتهم على العامل، قاله فى الواضحة.

مسألة: وعلى العامل رم قصبة البئر وحباله وقواديسه ومؤنة الماء والحديد لعمله، فـإذا انقضى عمله كان ذلك له، رواه ابن المواز.

ووجه ذلك أن هذه معان تتكـرر، وكذلـك مـا يعمـل بـه مـن الحديـد، فإنـه يتكـرر إصلاحه وهو من الآلات الموصوفة فى العمل، وكانت من الذى يلزم العـامل ومـا كـان عملاً ثابتًا كالنباء الذى يبقى، وإنما يعمل مـرة لخراب طـرأ عليـه أو لاستئفاف عمـل، فذلك من الأصول الثابتة، فهى على رب الحائط.

مسألة: وعلى العامل فى الثمر جداده بعد أن يتمر وفى التين والكـرم قطافـه وتيبيسـه فى مساقاة الزرع. قال ابن القاسم فى المدونة: حصاد الزرع ودرسه علـى العـامل. قـال ابن سحنون فى العتبية: على العامل تهذيبه، وذلك أن هذا كلـه مـن العمـل الـذى يـلزم فيه قبل أن ينتهى إلى حال إسقامه والصفـة التـى يدخـر عليهـا، فيجـب أن يكـون ذلـك على العامل.

وأما الزيتون، فقد قال سحنون: عن ابن القاسم علـى العـامل عصـره إذا كـان ذلـك غالب عمل ذلك البلد. قال سحنون: ومنتهى عمله فيه جنيه. وفـى كتـاب ابـن المـواز: إن لم يشترط على أحد فهو بينهما.

وجه قول سحنون أن جناه صبره على صفة تمكن قسمته ويدخر عليها غالبا.

قَالَ مَالِك: وَالسُّنَّةُ فِى الْمُسَاقَاةِ الَّتِى يَجُوزُ لِرَبِّ الْحَائِطِ أَنْ يَشْتَرِطَهَا عَلَى الْمُسَاقَى: شَدُّ الْحِظَارِ، وَخَمُّ الْعَيْنِ، وَسَرْوُ الشَّرَبِ، وَإِبَّارُ النَّخْلِ، وَقَطْعُ الْجَرِيدِ وَجَدَ الثَّمَرِ هَذَا وَأَشْبَاهُهُ عَلَى أَنَّ لِلْمُسَاقَى شَطْرَ الثَّمَرِ أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ إِذَا تَرَاضَيَا عَلَيْهِ، غَيْرَ أَنَّ صَاحِبَ الأَصْلِ لا يَشْتَرِطُ ابْتِدَاءَ عَمَلٍ جَدِيدٍ يُحْدِثُهُ الْعَامِلُ فِيهَا مِنْ بِئْرٍ يَحْتَفِرُهَا أَوْ عَيْنٍ يَرْفَعُ رَأْسَهَا أَوْ غِرَاسٍ يَغْرِسُهُ فِيهَا، يَأْتِى بِأَصْلِ ذَلِكَ مِنْ عِنْدِهِ أَوْ ضَفِيرَةٍ يَبْنِيهَا تَعْظُمُ فِيهَا نَفَقَتُهُ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَقُولَ رَبُّ الْحَائِطِ لِرَجُلٍ مِنَ النَّاسِ ابْنِ لِى هَاهُنَا بَيْتًا أَوِ احْفِرْ لِى بِئْرًا أَوْ أَجْرِ لِى عَيْنًا أَوِ اعْمَلْ لِى عَمَلا بِنِصْفِ ثَمَرِ حَائِطِى هَذَا، قَبْلَ أَنْ يَطِيبَ ثَمَرُ الْحَائِطِ، وَيَحِلَّ بَيْعُهُ، فَهَذَا بَيْعُ الثَّمَرِ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلاحُهُ، وَقَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاحُهَا(١).

قَالَ مَالِك: فَأَمَّا إِذَا طَابَ الثَّمَرُ وَبَدَا صَلاحُهُ وَحَلَّ بَيْعُهُ، ثُمَّ قَالَ رَجُلٌ لِرَجُلٍ: اعْمَلْ لِى بَعْضَ هَذِهِ الأَعْمَالِ لِعَمَلٍ يُسَمِّيهِ لَهُ بِنِصْفِ ثَمَرِ حَائِطِى هَذَا، فَلا بَأْسَ بِذَلِكَ، إِنَّمَا اسْتَأْجَرَهُ بِشَىْءٍ مَعْرُوفٍ مَعْلُومٍ قَدْ رَآهُ وَرَضِيَهُ، فَأَمَّا الْمُسَاقَاةُ، فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْحَائِطِ ثَمَرٌ أَوْ قَلَّ ثَمَرُهُ أَوْ فَسَدَ، فَلَيْسَ لَهُ إِلا ذَلِكَ، وَأَنَّ الأَجِيرَ لا يُسْتَأْجَرُ إِلا بِشَىْءٍ مُسَمًّى لا تَجُوزُ الإِجَارَةُ إِلا بِذَلِكَ، وَإِنَّمَا الإِجَارَةُ بَيْعٌ مِنَ الْبُيُوعِ، إِنَّمَا يَشْتَرِى مِنْهُ عَمَلَهُ، وَلا يَصْلُحُ ذَلِكَ إِذَا دَخَلَهُ الْغَرَرُ؛ لأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ(٢).

الشرح: قوله: «**مما يجوز اشتراطه على العامل شد الحظار**» والحظار هو ما يحظر به على الحظيرة وهو الحائط وغيره وهو الذى يسمى الزرب، فما انثلم منه، جاز أن يشترط على العامل سد ذلك الثلم.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٢٢/٢١.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٢٣/٢١، وقال: أراد مالك، رحمه الله، بكلامه هذا بيان الفرق بين المساقاة، والإجارة، وأن المساقاة ليست من الإجارة فى شىء، فإنها أصل فى نفسها كالقراض، لا يقاس عنده عليها شىء من الإجارات. وإن الإجارة عنده بيع من البيوع، لا يجوز فيها الغرر، وقوله فى ذلك كله هو قول جمهور العلماء. ومنهم من يأبى أن يجعل الإجارة من باب البيوع، وهو قول أهل الظاهر؛ لأنها متاع لم تخلق.

ويروى سد الحظار، ومعناه أن يسترخى رباطه، فيشترط على العامل شده، وخم العين تنقيتها. قال ابن حبيب: وهو كنسها، وسرو الشرب، هو الكنس، والشرب الحوض حول النخلة والشجرة ليبقى فيه الماء السقى قال زهير:

يخرجن من شربات ماؤها طحل   على الجزوع يخفن الغم والغرقا

وهذا كله من العمل الذى ينمى الثمرة ويوصل إلى صلاحها، وقد روى فى سرو الشرب، وهو جلب الماء الذى يسقى به من مستقره إلى الأصل الذى يسقى به. قال ابن حبيب: سرو الشرب: تنقية الحياض التى يكون حول الشجر وتحصين حروفها، ويجىء الماء إليها وزم القف، وهو الحوض الذى يفرغ فيه الدلو ويجرى منه إلى الظفيرة.

وقد قال ابن حبيب: إن سرو الشرب على العامل، وإن لم يشترط عليه، وأما خم العين وزم القف، فإنه يجوز أن يشترط عليه، وإن لم يشترط عليه، فهو على رب الحائط.

مسألة: واستحب مالك من رواية أشهب عنه أن يشترط على العامل إصلاح القف، قال فى العتبية: حرف القف وإصلاح كف الزرنوق قيمته الدريهمات أو الدينار وهو على رب الحائط إن لم يشترط.

وروى عنه أشهب أيضًا أنه لا يشترط مع العامل إصلاح كسر الزرنوق. ووجه ذلك أن يحتاج إلى صلة لها قيمة وثمن كبير.

مسألة: ويجوز أن يشترط على العامل عصر الزيتون، رواه عيسى عن ابن القاسم، وفى كتاب محمد: عصر الزيتون على شرطهما. وروى ابن القاسم عن مالك فى المدونة مثل ذلك، وفسره ابن القاسم بأنه إن شرط على العامل، فذلك جائز، وإن شرط أن يقاسمه الزيتون جاز، ولا يجوز أن يشترط على صاحب الحائط عصر حصة العامل، وإنما جاز ذلك على العامل لأنه منتهى كالجداد؛ لأن معظم ما يدخر بعد العصر.

مسألة: ولا بأس أن يشترط على العامل الزكاة؛ لأنه جزء معلوم، قاله مالك فى العتبية والموزاية، وقال الشيخ أبو إسحاق: وقد اختلف فى اشتراط رب الحائط الزكاة على العامل فى حصته فأجيز وكره، وإجازته أحب إلىّ.

قال مالك فى المدونة والعتبية والموازية: ولا يشترط ذلك على صاحب الحائط، وقال محمد: ذلك جائز، وحكاه أبو القاسم بن الجلاب وعن المذهب جوازه بلغ الحائط الزكاة أو لم يبلغ.

وقال ابن القاسم فى المدونة: قال لى مالك: يجوز اشتراطه على العامل، وهذا عندى مثله وجه جواز ذلك فى الوجهين ما استدل به فى جواز ذلك اشتراطه على العامل أنه إذا اشترطه على العامل، فقد شرط لنفسه خمسة أجزاء وللعامل أربعة أجزاء وكذلك إذا اشترطه على صاحب الحائط، والفرق بينهما على قوله: يجوز اشتراطه على العامل ومنع اشتراطه على رب الحائط.

فرع: فإن شرطه على العامل، ولم يبلغ ثمر الحائط الزكاة، فلرب المال من حصة العامل الزكاة عند الجميع أو نصف عشره. وقال ابن عبدوس: يقتسمان الثمرة على تسعة أجزاء للعامل منها أربعة، ولصاحب الحائط خمسة.

وقال سحنون: يقسم الثمرة عشرة أقسام للعامل أربعة ولصاحب الحائط خمسة، ثم يقتسمان الجزء الثانى بينهما بنصفين.

مسألة: ولا يجوز لصاحب الحائط أن يشترط على العامل حمل نصيبه إلى منزله، ولا خير فيه، ولو كان من القرب على ميل، إلا أن يكون شىء ليس مؤنة. رواه عيسى عن ابن القاسم، وقاله أصبغ.

ووجه ذلك أنه اشترط زيادة على العامل بعد القسمة، فلم يجز ذلك كما لو شرط عليه مالاً.

مسألة: وأما إبار النخل، قال ابن حبيب وغيره: هو تذكيرها، ففى المدونة قال ابن القاسم: التلقيح على العامل، وإن لم يشترط عليه؛ لأن مالكًا قال: جميع عمل الحائط، وكذلك الجداد.

فصل: وقوله: **«على أن للعامل شطر الثمر أو أقل أو أكثر إذا تراضيا عليه»** يريد أن المساقاة جائزة على أى جزء اتفقًا عليه، وعلى أن يكون للعامل جميع الثمرة؛ لأنه أكثر من النصف، وقد رواه ابن القاسم عن مالك فى المدونة. ووجه ذلك بناء على تجويز القراض على جميع الربح للعامل.

فصل: وقوله: **«غير أنه لا يشترط على صاحب الأصل ابتداء عمل جديد من بئر يحفرها أو عين يرفع رأسها»** يريد أن تكون العين لانخفاضها لا يصل ماؤها حيث يريد فيبنى حواليها بنيانا يرفعه فيصل من أعلى ذلك البنيان إلى حيث يريده: قال: أو غراس يغرسه يأتى من عنده، معناه أن يشترط على العامل غرسًا يأتى به من عنده ويغرسه فى أرضه وحائطه، فإن ذلك لا يجوز.

ورواه ابن المواز عن مالك، قال محمد: إن كان يسيرًا أجزت المساقاة، وأبطلت الشرط وإن كان كثيرًا، لم يجز. قال مالك: ولو شرط العمل عليه في ذلك فقط، ويكون أصل الغرس من عند صاحب الحائط، فإن كان يسيرًا لا تعظم فيه النفقة، فجائز، وإن كان كثيرًا لم يجز.

فرع: فإذا وقع ذلك على الوجه الذى لا يجوز، فقد روى ابن المواز عن مالك أنه أجيز له أجرة مثله: قال عيسى: إن كان العمل الكثير من العمل دون الأصل، رد إلى مساقاة مثله، ولو أتى العامل بالودى؛ لرد إلى أجرة مثله، ويعطى قيمة غرسه مقلوعًا كما لو جاء به.

فصل: وقوله: «**أو ظفيرة يبنيها يعظم فيها النفقة**» الظفيرة محبس الماء كالصهريج، وإنما شرط عليهم النفقة فيها؛ لأنه إن لم يكن فيها إلا إصلاح يسير كجبر بعض حروفها، جاز اشتراط ذلك على العامل، والمساقاة بينة على أن ما كان من العمل مما يحتاج إليه الثمرة ويبقى بعد الجداد مما يلزم رب الحائط، فإنه يجوز اشتراط يسيره على العامل، ولا يجوز اشتراط كثيره، وهو متفق، فإن كان مما لا تحتاج إليه الثمرة، فهو أيضًا على قسمين، قسم فيه بمجرد العمل، وقسم العمل بعينه، فأما بمجرد العمل، فقد جوز مالك وأصحابه يسيره وأما الإيتان بالمنع، فمنع منه مالك، وجوزه ابن المواز.

فصل: وقوله: «**وإنما ذلك بمنزلة أن يقول لأجنبى: احفر لى بئرًا، أو احفر لى عينا بنصف ثمرة حائطى قبل أن يبدو صلاحها، وقد نهى النبى ﷺ عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها**» معناه أن عمل المساقاة مختص بالثمرة على وجه لا يبقى بعد تمام المساقاة، وإنما يكون إجارة بثمر لم يبد صلاحه، ولا يجوز ذلك؛ لأنه بيع له قبل بدو صلاحه. وقد نهى النبى ﷺ عن بيعه قبل بدو صلاحه.

فصل: وقوله: «**ولو كان ذلك بعد أن بدا صلاحه وحل بيعه، فقال له: اعمل لى بعض هذه الأعمال لعمل معروف بنصف هذه الثمرة، فلا بأس بذلك؛ لأنها إجارة بشيء معروف**» يريد أنه لو بدا صلاحه لصحت الإجارة به وهذه الأعمال الباقية بعد الثمرة يجوز أن يستأجر عليها بثمرة يجوز بيعها والمساقاة تجوز فى ثمرة لم يبد صلاحها إلا أنه لا يجوز فى أعمال تبقى بعد الثمرة، لاسيما إذا كانت لها قيمة ويكلف فيها مؤنة ونفقة.

قَالَ مَالِك: السُّنَّةُ فِى الْمُسَاقَاةِ عِنْدَنَا أَنَّهَا تَكُونُ فِى أَصْلِ كُلِّ نَخْلٍ أَوْ كَرْمٍ أَوْ

زَيْتُون أو تين أَوْ رُمَّان أَوْ فِرْسِكٍ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الأُصُول، جَائِزٌ لا بَأْسَ بِهِ عَلَى أَنَّ لِرَبِّ الْمَالِ نِصْفَ الثَّمَرِ مِنْ ذَلِكَ أَوْ ثُلُثَهُ أَوْ رُبُعَهُ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَقَلَّ(١).

قَالَ مَالِك: وَالْمُسَاقَاةُ أَيْضًا تَجُوزُ فِي الزَّرْعِ إِذَا خَرَجَ وَاسْتَقَلَّ، فَعَجَزَ صَاحِبُهُ عَنْ سَقْيِهِ وَعَمَلِهِ وَعِلاجِهِ، فَالْمُسَاقَاةُ فِي ذَلِكَ أَيْضًا جَائِزَةٌ(٢).

الشرح: قوله: «**السنة عندنا فى المساقاة أنها تكون فى أصل كل نخل أو كرم أو زيتون أو تين أو فرسك**» يريد الخوخ، قال: «**وما أشبه ذلك من الأصول جائز، لا بأس به**». وقال الشافعى: لا تجوز المساقاة إلا فى النخل والكرم.

والدليل على ما نقوله أن هذا شجر مثمر له أصل ثابت، فجازت المساقاة فيه كالنخل والكرم.

مسألة: وإذا كانت الثمار بعلا، لا تسقى، وإنما فيها من العمل الحرث، فقد قال ابن القاسم: مساقاتها جائزة.

ووجه ذلك أن الحرث عمل تزكو به الثمار ولا تزكو دونه، فجازت المساقاة على عمله كالسقى. وقال فى الواضحة: تجوز مساقاة شجر البعل، وإن لم يكن فيها عمل ولا مؤنة؛ لأن لها حراسة وجداد، فجعل المساقاة فيما لا يحتاج إلى الحرث وصحح المساقاة بالحراسة والجداد، ومثل هذا يوجد فى الزرع.

وتجوز المساقاة فى النخلة والنخلتين، قاله مالك فى المدونة، قال: وكذلك الشجر كله. ووجه ذلك أن العقد إذا جاز فى كثير الجنس، جاز فى قليله كالإجارة.

مسألة: واختلف فى مساقاة المرسين، وهو الريحان، يريد الآس، فأجازه ابن وهب، قاله أصبغ، ومنعه ابن القاسم ثم أجازه، وثبت على إجازته، واختار محمد منعه، قال: لأنه لا يجز كالموز والقصب إلا أن تكون أشجاره ثابتة، وإنما تقطع منها أغصانها الثابتة كالسدرة.

وقال أصبغ فى العتبية عن ابن القاغسم: قيل أن أصوله تعظم وتقيم السنتين ويجد

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/٢٢٦.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/٢٢٧.

الشتاء والصيف، وليس له إبان فيجد ثم ينقطع، فإذا كان يجد هكذا كل وقت، لم تجز مساقاته، لأنه يحل بيعه إذا بدا أوله.

مسألة: وتجوز مساقاة الورد والياسمين والقطن، قاله مالك فى المدونة: زاد ابن المواز فى الورد والياسمين وإن لم يعجز عنه صاحبه.

ووجه ذلك أن لهذا أصلا باقيا وساقا ثابتا، فصحت المساقاة فيه دون عجز عن الشجر.

مسألة: فأما مساقاة الزرع، فقد قال مالك فى المدونة: تجوز مساقاة الزرع إذا استقل عن الأرض وعجز عنه صاحبه، فإن لم ينبت بعد، لم تجز مساقاة؛ لأنه بذر، ذكره ابن حبيب عمن لقى من أصحاب مالك، سواء عجز عنه أو لم يعجز.

ووجه ذلك أنه ليس له أصل بعد، وإنما هو بذر، قال: فإن وقع، فالزرع لصاحبه وللعامل أجرة مثله.

مسألة: وإذا طلع وعجز عنه صاحبه، جازت المساقاة فيه، فإن لم يعجز عنه صاحبه أو لم يستقل، لم يجز ذلك فيه، قاله الن القاسم عن مالك، وقال ابن نافع فى كتاب ابن سحنون: تجوز المساقاة فى الزرع، وإن لم يعجز عنه صاحبه. قال ابن عبدوس أى لا تجوز المساقاة فى الزرع.

وجه قول مالك أن الزرع ليس له أصل ثابت ومدة العمل فيه يسيرة، والنخل ليس لها أصل ثابت ويستدام العمل فيه مدة يسيرة إن شاء ترك الأرض أو أخرها، ولم يتكلف تعبًا ولا عملاً فيها، فلذلك اختصت المساقاة بالشجر لهذه الضرورة، ولم تجز فى الزرع لهذا المعنى لعدمها فيه، وإنما جازت فيه لضرورة العجز. وجه قول ابن نافع أن ما جازت فيه المساقاة جازت لغير العجز كالنخل.

فرع: ومعنى العجز عن الزرع، أن يعجز عن عمله الذى يتم به أو ينمو أو يبقى، فإن كان له ماء، فقد يكون عاجزًا، قال ابن القاسم فى المدونة لأن الماء لابد له من البقر والأجراء، قيل فإن كان الماء سيحا، قال: إن علم أنه عاجز جازت المساقاة.

وقال فى الواضحة: إذا عجز صاحبه عن عمله، وهو يعمل وله عمل ومؤنة، إن ترك خيف عليه التلف، جازت مساقاته، وإن لم يكن فيه عمل ولا مؤنة ولا حراسة، وهو يعمل، فلا تجوز مساقاته.

وأما الشجر البقل، فتجوز فيه المساقاة، وإن لم يكن فيها عمل ولا مؤنة؛ لأن لها حراسة وجدادًا، وهذا الذى قاله مثله فى الزرع؛ لأن فيه دراسة وحصادًا إلا أن يريد الحصاد وحده لا يؤثر، وإنما يؤثر إذا انضم إليه الحراسة والنخل يحتاج إلى حراسة منذ يصير بلحًا كبيرًا إلى أن يصير تمرًا يتسرع الناس إليه والزرع لا يحتاج إلى ذلك إلا مخافة المواشى، وقد يكون فى موضع يأمنها، وأما الحرث فلا يتصور فى الزرع، وهو إن كان لابد منه فى الشجر، فقد تصح المساقاة بعد أن أتى بذلك.

فرع: فإن كان الزرع بعلاً، قال ابن القاسم فى المدونة: إن كان يحتاج من المؤنة ما يحتاج إليه شجر البقل، وإن ترك خيف أن يضيع، فلا بأس به، وإن لم تكن له مؤنة ولا عمل فيه، لم تجز مساقاته، إنما يقول: احفظه لى واحصده وأدرسه لك على أن لك نصفه.

قال ابن القاسم: فلا يجوز عندى لأنها أجرة، وإنما جاز فى الشجر البقل للضرورة وهذا لا ضرورة فيه، وهذا الذى ذكره ابن القاسم يحتاج إلى تفسير؛ لأنه يقال له وفى النخل إذا قال له: واحفظه لى وجده، ولك نصفه، فيجب أن لا يجوز.

والفرق بينهما ما قدمنا الإشارة إليه أن المساقاة لا تجوز إلا فى المال الذى ينمو إلا بالعمل ولا يجوز أن يستأجر لمنفعته المقصودة، ويجب أن يكون ذلك العمل يلزم فيه قبل بدو الصلاح، وهذا يتصور فى الأشجار؛ لأنها لابد لها من حرث وتقسيم وسد حظار مع كونها من البعل.

وأما الزرع، فأنه لا تجوز فيه المساقاة إلا بعد استقلاله عن الأرض، فإن كان بعلاً، فلا يحتاج بعد ذلك إلى عمل أن يبدو صلاحه ويجوز بيعه وتلك حال لا تجوز فيها المساقاة مع أن الزرع تقصر مدته ولا يستدام العمل فيه، وقد قدمناه ذكره.

مسألة: وما كان بمثابة الزرع مما الغرض فى حبه دون بقلة، فهو بمنزلة الزرع، قاله ابن القاسم فى الكمون. وقد روى سحنون عن ابن القاسم: تجوز المساقاة فى العصفر، وكان يجب أن يكون حكمه حكم الكمون إذ ليس من شجرة باقية والمقصود منه نواره.

مسألة: وأما المقاثىء فجوز مالك فيها المساقاة كالتين والجميز والقطن والمقاثىء وإن كان بطنًا بعد بطن، فلعل هذا الجواز بأن الثمرة تؤخذ منه، وأصله ثابت احترازًا من القصب الحلو والموز الذى يبقى له أصل بعد أخذ ثمرته، وكذلك الزعفران والريحان الذى هو من جنس الأحباق والبقل والقصب والقرط، ولذلك منع المساقاة فيه، وعلل

فى الواضحة تجويز المساقاة فى المقاثىء لتفاوت طيبها، والله أعلم، أن بطونها لا تنفصل، وشبهه بالتين الذى يطيب بعضه بعد بعض.

قال: وليس شىء بعد شىء كالقصب، يريد أنه تتميز بطونه كتميز بطون القصب والموز وأما القطن، فإن كان يزرع فى كل سنة بمنزلة المقاثىء والعصفر، وإن كان يبقى أصله، وهو الذى يسمى العادى فهو بمنزلة الورد والياسمين.

مسألة: وأما الموز، فقد قال مالك فى المدونة: لا تجوز المساقاة فى الموز. قال ابن القاسم: وإن عجز عنه صاحبه. قال مالك فى الموازية وكل ما يجذ ويخلف مثل القصب والموز والقرط وشبه من البقول لا تجوز مساقاته.

وجه ذلك أنه اجتمعت فيه معان مؤثرة فى منع المساقاة من أنه ليس له ساق كالشجر الذى هو أصل فى المساقاة، ولا هو بمنزلة الزرع الذى إنما يوجد مرة فى السنة إذا أخذ لم يبق أصل يخلف، والموز له أصل، وهذا حكم ما كان بمنزلة الموز فى ذلك كالقصب والقرط.

مسألة: المغيبة كلها مما لا يدخر، فهو كالبقل. قال ابن عبد الحكم أحب إلينا، وقد اختلف فيه، قال ابن المواز: وكذلك الرياحين. وقال ابن حبيب: لا تجوز مساقاة فى البقول كلها؛ لأنه يجوز بيعها إذا بدا صلاحها أو لها كالموز، وليس كذلك كالقاثى؛ لأن ذلك نبات واحد يتقارب طيبه.

وروى ابن حبيب عن ابن القاسم: وأما الزعفران والريحان والبقل والقصب والقرط، فلا تجوز فيه المساقاة، وجعل قصب السكر كذلك، قال الشيخ أبو محمد: ورآه اختلافًا من قوله.

وقال ابن القاسم فى الموازية: البقل مثل الفجل واللفت والبصل وشبهه تجوز المساقاة فى البطيخ، والأصول المغيبة كلها عجز عنها صاحبها أو لم يعجز، فأما قول مالك: لا يساقى شىء من البقول، فإن عنى به الكزبر والقطف والخضر التى تؤكل، فإن تلك إذا استقلت جاز بيعها، وإلى هذا التعليل أشار ابن حبيب.

وأيضًا فإنه إنما المقصود منه ما ظهر من ورقه دون برز يكون فيه، وما كان بهذه الصفة فلا مساقاة فيه، وأما ما كان من الأصول المغيبة، فإن المقصود منها أن لا يظهر من الأرض والمساقاة مختصة بما كان ظاهرًا على الأرض، وبذلك يختص السقى بالشجر، ولا يجوز فى الزرع، وإن عجز عنه صاحبه إلا بعد أن يظهر.

ووجه تجويز ابن القاسم له أن المقصود منه قد ثبت له أصل وللعمل فيه غاية ينتهى إليها، وتنال ثمرته فيها، ولا يبقى له ما يجلب كالزرع.

مسألة: وأما قصب السكر، فقدقال مالك: تجوز فيه المساقاة إذا ظهر وعجز عنه صاحبه، ومنع منه فى الواضحة ابن القاسم.

وجه الحواز أنه إنما تؤخذ ثمرته مرة فى السنة كالزرع. ووجه المنع أنه مما يخلف أصله كالموز والقصب.

قَالَ مَالِك: لا تَصْلُحُ الْمُسَاقَاةُ فِى شَىْءٍ مِنَ الأُصُولِ مِمَّا تَحِلُّ فِيهِ الْمُسَاقَاةُ إِذَا كَانَ فِيهِ ثَمَرٌ قَدْ طَابَ وَبَدَا صَلاحُهُ وَحَلَّ بَيْعُهُ، وَإِنَّمَا يَنْبَغِى أَنْ يُسَاقَى مِنَ الْعَامِ الْمُقْبِلِ، وَإِنَّمَا مُسَاقَاةُ مَا حَلَّ بَيْعُهُ مِنَ الثِّمَارِ إِجَارَةٌ؛ لأَنَّهُ إِنَّمَا سَاقَى صَاحِبَ الأَصْلِ ثَمَرًا قَدْ بَدَا صَلاحُهُ عَلَى أَنْ يَكْفِيَهُ إِيَّاهُ، وَيَجُذَّهُ لَهُ بِمَنْزِلَةِ الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ يُعْطِيهِ إِيَّاهَا، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِالْمُسَاقَاةِ، إِنَّمَا الْمُسَاقَاةُ مَا بَيْنَ أَنْ يَجُذَّ النَّخْلَ إِلَى أَنْ يَطِيبَ الثَّمَرُ وَيَحِلَّ بَيْعُهُ(١).

قَالَ مَالِك: وَمَنْ سَاقَى ثَمَرًا فِى أَصْلٍ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلاحُهُ، وَيَحِلَّ بَيْعُهُ، فَتِلْكَ الْمُسَاقَاةُ بِعَيْنِهَا جَائِزَةٌ(٢).

الشرح: قوله: **«لا تحل المساقاة فى شىء تجوز فيه المساقاة إذا طاب ثمره وحل بيعه»** يريد أن كل شىء تجوز فيه المساقاة وإنما يجوز ذلك فيها ما لم يبد صلاح ثمرته ويحل بيعه للضروة التى ذكرناها، فإذا حل بيعه ارتفعت لضرورة، فلم تجز المساقاة؛ لأنه يجوز له تعجيل نفعه ببيعه أو الإجارة عليه؛ لأنه لما جاز بيعه جازت الإجارة به وللأشجار أحوال، حال قبل أن تكون فيها ثمرة، ويجوز عند مالك فيها المساقاة. وقال الشافعى فى أحد قوليه: لا يجوز ذلك.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/٢٢٩.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/٢٢٩، وقال: قد كرر هذا المعنى، وهو مفهوم جدًا، وكل من أجاز المساقاة لم يجزها إلا فيما لم يخلق، وفيما لم يبد صلاحه من الثمار، ويعمل العامل فى الشجر من الحفر، والزبر، وسائر العمل ما يحتاج إليه، وتصلح ثمرتها به على حد ما يخرجه الله فيها من الثمر كالقراض، يعمل العامل فى المال حد ما يرزقه الله فيه من الربح، وهذان أصلان مخالفان للبيوع، وللإجارات، وكل عندنا أصل فى نفسه، يجب التسليم له، والعمل به.

والدليل على ما نقوله قول النبى ﷺ لأهل خيبر: «أقركم ما أقركم الله عز وجل على أن الثمرة بيننا وبينكم»(*) فعقد مساقاة لأعوام، فلا يخلو أن تكون فى النخل حينئذ ثمرة أو لا تكون فيها ثمرة، فإن كان فيها ثمرة، فقد تناول عقد المساقاة ما بعد ذلك العام من الأعوام وثمرة تلك الأعوام معدومة، وإن لم يكن فيه ذلك الطعام يعد ثمرة فلم يتناول العقد عامًا إلا وثمرته معدومة.

مسألة: وإن كان فيها ثمرة لم يبد صلاحها، فتلك التى تجوز فيها المساقاة دون خلاف بين من يجذها، وإن كان فيها ثمرة قد بدا صلاحها، فقد قال مالك فيها ما تقدم.

فرع: فإن وقعت المساقاة، فقد قال مالك: تجوز فيه الإجارة، ولم تجز مساقاته؛ لأنه ترك فى إزهاء الثمرة شيئًا معلومًا، ويرجع إلى المساقاة، ويفسخ العقد ما لم تفت ولا يكون إجارة، ومعنى الإجارة أن المساقاة تتضمن أن على الداخل النفقة على رقيق الحائط وجميع ما يلزم العامل من المؤمن والنفقات، وإن لم يكن ذلك معلومًا ولا يجوز فى الإجارة.

وقال سحنون: لا يبطل العقد ويحمل على الإجارة، ولا تبطل المساقاة فيه؛ لأن ما يعطاه المساقى غير مكيل على ما قاله بعض من تكلم فى ذلك من أهل بلدنا؛ لأنه لا خلاف أنه يجوز بيع نصف ثمر حائط وما يجوز بيعه يجوز الاستئجار به، وجوز الشافعى فى أحد قوليه: المساقاة فى الثمرة بعد بدو صلاحها.

والدليل على ما نقوله أن ما يجوز بيعه لا تجوز المساقاة فيه كالذى يبدو صلاحه من التين وغيره من الأشجار.

مسألة: ومن ساقى حائطًا قد أزهت ثمرته لهذه السنة وسنين بعدها، فقد قال مالك فى المدونة: يفسخ إن أدرك قبل أن تجد الثمرة أو بعدها جدها؛ لأنه إلى هذا الموضع له نفقته التى أنفق وعمل مثله على رب الحائط، وهذا يقتضى أنه لا يكون له النفقة، وإنما يكون له أجرة مثله وما أنفق.

فرع: وإن عمل فى النخل بعد ما جد الثمرة، لم يكن على رب المال أن ينزعه منه حتى يستكمل السنتين كليهما، قاله فى المدونة، وقال: لأنه قد عمل فى الحائط والنخل قد ينقض حملها فى عام، ويزيد فى آخر، فإن لم يستوعب السنتين ظلم أحدهما،

(*) تقدم تخريجه فى الحديث رقم ١٣٧٠.

وأصل هذا أن المساقاة الفاسدة التى يرجع فيها إلى مساقاة المثل، فإنه يفسخ ما لم يعمل العامل، فإذا عمل لم يفسخ، وما يرد إلى أجرة المثل، فيفسخ عمل أو لم يعمل، قاله ابن حبيب، فجعل الفوات بابتداء العمل فى وقت تصح فيه المساقاة.

وفى كتاب ابن المواز: أدرك قبل مجىء ثمرة قابل فسخ وأخذ إجارة مثله ونفقته، وإن لم يفسخ حتى أتت ثمرة قابل لم يفسخ إلى بقية السنتين، فجعل الفوات بظهور ثمرة عام من أعوام المساقاة، ولا يلزم هذا فى قوله إنه تجوز المساقاة فى الثمرة المزهية وتكون إجارة، لأنه لما جمع فى عقد واحد عقد إجارة وعقد مساقاة، لم يجز؛ لأنه ازياد من أحدهما فى المساقاة، وإنما يجوزه سحنون إذا انفرد.

وقد قال فى الموازية فى الحائط تكون فيه أنواع مختلفة حل بيع بعضها ولم يحل بيع سائرها، فجمع ذلك فى المساقاة، قال: وإن كان الذى أزهى فى الحائط الأقل، جازت، وإن كثر لم يجز فيه ولا فى غيره.

ومعنى ذلك جمع الإجارة والمساقاة فى عقد واحد على قول سحنون، وعلى قول مالك وابن القاسم؛ لأن عقد المساقاة فيما قد أزهى من الثمرة فاسد ففسد ما قاربه.

فصل: وقوله: «**وإنما ينبغى أن يساقى فى العام المقبل**» يحتمل أن يريد وقوع العقد بعد جد الثمرة التى أزهت، ويحتمل أن يريد أن يعقد؛ لأن العقد للعام المقبل، فيكون أوله بعد الجداد للثمرة المزهية، وإنما يجوز عقد المساقاة فى عام أول العام بعده؛ لأنه عقد لازم مع قرب المدة.

فصل: وقوله: «**وإنما مساقاة ما حل بيعه من الثمار إجارة**» يحتمل وجهين، أحدهما: أنه يصح فيه بدل عقد المساقاة عقد الإجارة، فأما الإجارة، فلا تجوز فيه لما قدمناه.

ويحتمل أن يريد أن حكمه حكم الإجارة، وأن العقد بلفظ المساقاة، ولذلك قال: إنما يساقيه ثمرًا بدا صلاحه على أن يكفيه إياه ويجده له كما لو أعطاه على ذلك دنانير أو دراهم، وليس ذلك بمساقاة، يحتمل أن يريد، وليس فى وقت المساقاة.

فصل: وقوله: «**وإنما المساقاة ما بين أن يجد النخل إلى أن يطيب ثمره**» يريد أن هذه المدة التى تجوز فيها المساقاة، ويحتمل أن يريد أنها المدة التى تثبت لما انعقد فيها بلفظ المساقاة حكم المساقاة.

وقوله بعد ذلك: «**فتلك المساقاة جائزة**» يدل على أنه أراد بقوله: إن المساقاة ما حل

بيعه من الثمار إجارة أن مساقاته لا تجوز، وإنما يجب أن تعقد فيها الإجارة، والله أعلم.

مسأله: ومن ساقى حائطا يعمل فيه بثمرة حائط آخر، قال مالك فى الموازية: لا تجوز إلا أن تكون ثمرة الآخر قد أزهت، فهى إجارة، فإن لم تزه فهى مساقاة، وهذا المسألة تدل من قول مالك على أن الإجارة تنعقد بلفظ المساقاة وقد تقدم ذكر احتماله اللفظ بهذا القول ولإبطال العقد.

وقد قال بعض القرويين: إنما منع ابن القاسم مساقاة ما أزهى، ولم يجعل ذلك إجارة لأن عرف المساقاة أن لا يأخذ أحدهما شيئًا إلى جداد الثمرة، وكان كل واحد منهما شرط على صاحبه أن لا يقاسمه ولا يتصرف فى نصيبه إلا عند القسمة بعد الجداد، وهو فى الإجارة لو شرط هذا لم يجز.

وإنما يجوز أن يستأجره ببعضه إذا كان لكل واحد منهما أن يقاسم ويتصرف فى نصيبه ما شاء، فإن اعترض على ذلك بقوله فى كتاب الشفعة فى بيع أحد المساقيين لسهمه، فقد أجاز ذلك، والمشترى لا يقدر على الجد، فإنما جاز ذلك أن المساقاة وقعت على التقية، فلما احتاج إلى البيع واستضر بمنعه سومح بذلك.

قال القاضى أبو الوليد: والأظهر عندى فى ذلك ما تقدم.

قَالَ مَالِك: وَلا يَنْبَغِى أَنْ تُسَاقَى الأَرْضُ الْبَيْضَاءُ، وَذَلِكَ أَنَّهُ يَحِلُّ لِصَاحِبِهَا كِرَاؤُهَا بِالدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الأَثْمَانِ الْمَعْلُومَةِ(١).

الشرح: قوله: «**ولا ينبغى أن تساقى الأرض البيضاء؛ لأنه يحل لصاحبها كراؤها**» يريد أن ما حل بيعه للمنفعة المقصودة لا يحل المعاملة عليه ببعض نمائه الخارج عنه، وبذلك لا تجوز مساقاة الأرض التى يجوز كراؤها للمنفعة المقصودة منها، وهى الثمرة، وإن جاز أن تكرى لغير منفعتها المقصودة منها لمن أراد أن ينشر عليها ثيابًا أو غير ذلك.

فصل: وقوله: «**يحل لصاحبها كراؤها بالدنانير والدراهم وما أشبه ذلك من الأثمان**» يريد وما أشبه الدنانير والدراهم، فإنما كراؤها بكثير مما يعاوض به، وسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

---

(١) ظاهر هذا الكلام يدل على أنه يخير أن تكرى الأرض بكل ثمن معلوم، وليس ذلك مذهب مالك، وإنما هو قول الشافعى، جائز عنده أن تكرى الأرض بكل ما تكرى به الدور، والحوانيت من العين المعلوم وزنها، والعروض كلها الجائز بيعها فى ملكها على سنتها طعاما كانت أو غير طعام أن تكون بجزء ما تخرجه، يقل مرة، ويكثر أخرى، وربما لم يخرج شيئا، فلا، هذا عنده المزارعة التى نهى رسول الله ﷺ عنها. قاله ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/٢٣١.

قَالَ مَالِك: فَأَمَّا الرَّجُلُ الَّذِى يُعْطِى أَرْضَهُ الْبَيْضَاءَ بِالثُّلُثِ أَوِ الرُّبُعِ مِمَّا يَخْرُجُ مِنْهَا، فَذَلِكَ مِمَّا يَدْخُلُهُ الْغَرَرُ؛ لأنَّ الزَّرْعَ يَقِلُّ مَرَّةً وَيَكْثُرُ مَرَّةً، وَرُبَّمَا هَلَكَ رَأْسًا، فَيَكُونُ صَاحِبُ الأرْضِ قَدْ تَرَكَ كِرَاءً مَعْلُومًا يَصْلُحُ لَهُ أَنْ يُكْرِىَ أَرْضَهُ بِهِ وَأَخَذَ أَمْرًا غَرَرًا، لا يَدْرِى أَيَتِمُّ أَمْ لا، فَهَذَا مَكْرُوهٌ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ مَثَلُ رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا لِسَفَرٍ بِشَىْءٍ مَعْلُومٍ، ثُمَّ قَالَ الَّذِى اسْتَأْجَرَ الأجِيرَ: هَلْ لَكَ أَنْ أُعْطِيَكَ عُشْرَ مَا أَرْبَحُ فِى سَفَرِى هَذَا إِجَارَةً لَكَ، فَهَذَا لا يَحِلُّ وَلا يَنْبَغِى(١).

قَالَ مَالِك: وَلا يَنْبَغِى لِرَجُلٍ أَنْ يُؤَاجِرَ نَفْسَهُ وَلا أَرْضَهُ وَلا سَفِينَتَهُ إِلا بِشَىْءٍ مَعْلُومٍ لا يَزُولُ إِلَى غَيْرِهِ(٢).

قَالَ مَالِك: وَإِنَّمَا فَرَّقَ بَيْنَ الْمُسَاقَاةِ فِى النَّخْلِ وَالأرْضِ الْبَيْضَاءِ، أَنَّ صَاحِبَ النَّخْلِ لا يَقْدِرُ عَلَى أَنْ يَبِيعَ ثَمَرَهَا حَتَّى يَبْدُوَ صَلاحُهُ، وَصَاحِبُ الأرْضِ يُكْرِيهَا وَهِىَ أَرْضٌ بَيْضَاءُ لا شَىْءَ فِيهَا(٣).

الشرح: قوله: «**فالذى يعطى أرضه البيضاء بثلث ما يخرج منها أو ربعه يدخله الغرر**» يريد أنه لا يجوز للرجل أن يكرى أرضه البيضاء بجزء منها، وإن جاز أن يكريها فى الجملة إلا أن ذلك الربع لا يدرون قدره؛ لأنه قد يقل مرة، وربما تلف جميعه، ويكثر أخرى، والكراء معاوضة على منافع الأرض، فلا يجوز إلا بعوض معلوم، لاسيما فيمن تمكن المعاوضة عليه لشىء معلوم، وإنما جاز فى المساقاة؛ لأنه لا تجوز المعاوضة على منافع الثمار بشىء معلوم، ومثل ذلك من استأجر أجيرًا بثلث ما يربح فى سفره مع تمكنه من استئجاره بإجارة معلومة، فإن ذلك لا يجوز، وقد جوز أبو حنيفة استئجار الأرض بجزء مما يخرج منها.

والدليل على ما نقوله ما أخرجه البخارى من حديث عطاء عن جابر: كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف، فقال النبى ﷺ: «من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها، فإن لم يفعل، فليمسك أرضه»(*).

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٣٢/٢١.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٣٣/٢١.

(٣) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٣٣/٢١.

(*) أخرجه البخارى ٢١٧/٣ كتاب الزراعة باب ما كان من أصحاب .. إلخ، عن أبى=

ومن جهة المعنى أن هذا عوض فى الإجارة مجهول، فوجب أن يكون ممنوعًا كالجزء الذى ليس بمقدر. وقال ابن حبيب: المخابرة اكتراء الأرض بالجزء مما يخرج منها، والخبر حرث الأرض.

مسألة: ولا يجوز استئجارها بطعام مقدر خلافًا للشافعى.

والدليل على ما نقوله ما أخرجه البخارى من حديث رافع بن خديج عن عمه ظهير بن رافع أنه قال: لقد نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان بنا رافقًا، قلت: ما قال رسول الله ﷺ فهو حق.

قال: دعانى رسول ﷺ فقال: «ما تصنعون بمحاقلكم؟ قلت: نؤاجرها على الربع، وعلى الأوسق من التمر والشعير، قال: لا تفعلوا، ازرعوها وأزرعوها أو امسكوها»(*). قال رافع: قلت: سمعًا وطاعة.

قال ابن حبيب: قال مالك: ففيما نهى عنه من المحاقلة، هو اكتراء الأرض بالحنطة.

فوجه ذلك من جهة المعنى أنه منفعة الأرض التى اكتريت لها، وهى المنفعة المقصودة منها إنما هو الطعام الخارج، فإذا اكتراها منه بطعام، فهو طعام بطعام غير مقبوض ولا مقدر.

مسألة: وسواء كان الطعام الذى اكترى به الأرض كالحب والتمر أو مما لا تنبته كاللحم واللبن، فإن ذلك لا يجوز، قاله مالك وابن القاسم وأشهب وابن وهب وابن عبد الحكم ومطرف وابن الماجشون. وقال ابن كنانة: لا يكرى بشىء إذا أعيد فيها نبت، وتكرى بغير ذلك من طعام أو غيره مما لا تنبت. وقال ابن نافع وغيره: لا تكرى بالحنطة وأخواتها، وتكرى بغير ذلك من مطعوم وغيره.

وقال ابن حبيب: وكره مالك اكتراءها بالطعام؛ لأنه طعام بطعام مؤجل. وقال ابن الماجشون: إنما كرهه؛ لأنه من المحاقلة إلا أن تكون أرضًا لا تنبت ذلك الشىء كالقطن والزعفران فى أرض لا تنبتهما.

=هريرة. مسلم ١١٧٨/٣ كتاب البيوع رقم ١٠٢، عن أبى هريرة. الطبرانى فى الكبير ٣٤٢/٤، عن أبى هريرة. البغوى فى شرح السنة ٢٥٧/٨، عن جابر.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٣٣٩. مسلم حديث رقم ١٥٤٨. ابن ماجه حديث رقم ٢٤٥٩. النسائى فى الصغرى حديث رقم ١٣٨٤. أبو داود حديث رقم ٣٣٨٩. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٠٨٨.

قال القاضى أبو الوليد: وجه كراهتيه عندى ما أخرجه البخارى من حديث إسحاق بن أبى طلحة عن أنس: نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة(*).

والدليل على ذلك ما روى رافع بن خديج أن النبى نهى عن كراء المزارع(*)، وهذا عام إلا ما خصه الدليل.

ومن جهة المعنى أن هذا طعام، فلم يجز كراء الأرض به كالقمح.

ووجه قول ابن كنانة أن هذا مما لا يزرع فى الأرض، فجاز أن تكرى به كالحطب والجذوع.

ووجه قول ابن نافع أن كل ما يجوز التفاضل بينه وبين القمح، فإنه يجوز أن تكرى به الأرض كالذهب والفضة.

مسألة: ولا تكرى الأرض بشىء مما يخرج منها من النبات مما ليس له أصل ثابت، وإن كان مما لا يؤكل كالكتان، هذا قول مالك وابن القاسم فى المدونة، ولا بشىء من الحشيش. وقال ابن المواز: لا بأس أن تكرى الأرض بالخضر. قال الشيخ أبو محمد: يريد من الكلأ لأنه ليس مما يزرع ولا من الطعام.

ووجه قول مالك أنه مما تنبته الأرض، وليس له أصل ثابت، فلم يجز أن يكرى به القمح.

ووجه القول الثانى إنما يكره كراء الأرض بما يخرج منها لئلا يعطيك مما تنبت أرضك أو يدخله الجزاف المجهول بين ما يأخذه منه، وما تنبته أرضك، فإذا كانت الأرض لا تنبت ذلك الجنس، فقد أمنت ذلك كله.

فرع: فإذا قلنا لا يجوز كراؤها بالكتان، فإنه يجوز بالثياب من الموازية.

ووجه ذلك أنه قد استحال عن جنس الأصل، فليس هو مما تنبت الأرض.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢١٨٨. مسلم حديث رقم ١٥٣٩. الترمذى حديث رقم ١٣٠٢. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٥٣٧. أبو داود حديث رقم ٣٣٦٢. ابن ماجه حديث رقم ٢٢٦٨.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٢٨٦، ٢٣٤٤، ٤٠١٣. مسلم حديث رقم ١٥٤٧. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٩٠٨، ٣٩١١، ٣٩١٢، ٣٩١٤. ابن ماجه حديث رقم ٢٤٥٣. أحمد فى المسند حديث رقم ٤٤٩٠.

مسألة: ولا بأس أن تكرى بالجذوع والحطب والخشب والعود وبأصل شجر لا يثمر.

ووجه ذلك أنه أصل ثابت من جنس الأرض، ولأنه يتبعها بمجرد العقد بخلاف الزرع، فكأنه إنما أكراها بأرض أخرى، وذلك جائز. وقال ابن الماجشون: إنما أجازه بالخشب؛ لأنه ليس الذى يزرع، وهذا الذى ينتقض بالكتان والقطن، فإنه لا يزرع، ومع ذلك فلا يجوز أن تكرى الأرض بهما.

فصل: وقول مالك: «**ولا ينبغي للرجل أن يؤاجر نفسه ولا أرضه ولا سفينته إلا بشيء معلوم**» يريد معلوم الجنس والصفة والقدر بكيل أو وزن أو عدد أو حزر، إن كان قريبًا غير متعلق بالذمة، وليس كذلك من يكرى أرضه بجزء تخرجه، فإن ما تخرجه غير معلوم الصفة ولا القدر ولا مرئى ينظر إليه.

فصل: «**وإنما فرق بين المساقاة فى النخل والأرض البيضاء أن صاحب النخل لا يقدر أن يبيع ثمرها حتى يبدو صلاحه وصاحب الأرض يكريها**» يريد أن النخل لا يجوز أن يبيع منفعتها المقصودة منها، وهى الثمرة على الوجه المعتاد، ما لم يبد صلاحها، فإذا بدا وجاز ذلك، لم تجز فيها المساقاة، وصار بمنزلة الأرض البيضاء لما جاز أن تباع منفعتها المقصودة منها، وهى الزراعة فيها واكتراؤها للزرع قبل الصلاح، لم تجز المساقاة فيها.

قَالَ مَالِك: وَالأَمْرُ عِنْدَنَا فِي النَّخْلِ أَيْضًا أَنَّهَا تُسَاقِي السِّنِينَ الثَّلاثَ وَالأَرْبَعَ وَأَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ وَأَكْثَرَ، قَالَ: وَذَلِكَ الَّذِي سَمِعْتُ، وَكُلُّ شَيْءٍ مِثْلُ ذَلِكَ مِنَ الأُصُولِ بِمَنْزِلَةِ النَّخْلِ يَجُوزُ فِيهِ لِمَنْ سَاقَى مِنَ السِّنِينَ مِثْلُ مَا يَجُوزُ فِي النَّخْلِ[1].

الشرح: قال القاضى أبو الوليد: ومعنى ذلك عندى أن عقد المساقاة عقد لازم.

قال الشيخ أبو إسحاق: عقد المساقاة لازم للمتعاقدين، وليس لأحدهما فسخه بعد عقده إلا برضا صاحبه، ولو مات أحدهما لكان ورثته مكانه. وفى الموازية: إذا انعقدت المساقاة، فليس لأحدهما رجوع، وإن لم يعمل كالإجارة بخلاف القراض، وقد رأيت لبعض القرويين أنه لو مات قبل الجداد لبطلت المساقاة، وليس كالعقود اللازمة، وإن لم يقبض، ولعله تعلق فى ذلك بما روى فى عين السقى تغور.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/٢٣٦.

وإن كان قبل العمل، فلا شيء على رب الحائط، وإن كان بعد العمل، لزمه أن ينفق بقدر ما يقع له من الثمرة، وإن لم يكن عنده شيء، فللعامل أن ينفق ويكون نصيبه من الثمر رهنا بيده.

وفى المدونة: العامل يندم، فيسأل الإقالة قبل العمل، فيأبى صاحب الحائط أن يقبله، فيعطيه على ذلك مائة درهم، فلا يجوز عند مالك قبل العمل ولا بعده، وهذا يقتضى اللزوم قبل العمل، ولو لم يلزم قبل العمل لما لحقه ندم ولا سأل إقالة، ولا زاد لذلك مائة.

وأما القبض، فلا تأثير له، ولذلك لم يؤثر فى القراض، وإنما التأثير للعمل، وقد قال ابن حبيب: المساقاة بيع من البيوع إذا عقداها بينهما لم يجز لأحدهما أن يرجع فيها حتى يتم أجلها.

مسألة: إذا ثبت أنه عقد لازم، جاز أن يعقد لوجائب عنده كاكتراء الأرض، وما ليس بلازم، ومن العقود الجائزة كالشركة والقراض، فإنه لا يجوز أن يعقد إلا عقدًا مطلقًا لا يشترط فيه وجائب؛ لأن ذلك يقتضى اللزوم.

مسألة: ووجائبه بالشهور والسنين، قاله الشيخ أبو إسحاق وابن حبيب.

ووجه ذلك أن أجرة العامل لا تصح أن تكون إلا من الثمرة التى يعمل فى أصلها بجزء منها، فكان العمل إلى أن يمكن قسمتها كربح القراض، ومعنى قوله: **«بالسنين»** يريد من الجداد إلى الجداد.

فصل: وقوله: **«أن النخل يجوز أن يساقى لسنتين وثلاثًا وأربعًا وأقل من ذلك وأكثر»** يريد ما لم يكثر ذلك جدًا. قال ابن القاسم فى المدونة: فى العشر سنين والثلاثين والخمسين ولم أسمع من مالك فيه شيئًا، ولا أدرى ما هذا، وما لم يكثر جدًا، فلا بأس.

مسألة: ومن أخذ النخل مساقاة ثلاث سنين، فعمل فى النخل سنة، ثم أراد أن يترك، لم يكن له ذلك حتى يتم أجل المساقاة إلا أن يتراضيا قبل ذلك.

مسألة: إذا ثبت أنه عقد لازم، فإن لهما أن يتتاركا بغير جعل، ولا يجوز أن يعطيه العامل شيئًا قبل العمل ولا بعده، وقاله مالك فى المدونة. قال ابن القاسم: وإنما جاز ذلك؛ لأن العامل يجوز أن يدفع النخل إلى غير مساقاة، فإذا ردها إلى ربها فقد ساقاه

فيها، ولم يجز عندى أن يزيده شيئًا لأنه يكون زيادة من أحد المتساقيين، وذلك يمنع صحة المساقاة، ولا يجوز أن يقول صاحب الحائط له: اخرج وأعطيك قيمة ما أنفقت وإن رضيا بذلك لما قدمناه من الزيادة فى المساقاة.

فرع: فإذا قلنا بذلك، فلا بأس أن يدفع العامل النخل مساقاة إلى رب الحائط بأقل مما أخذه ما لم تطب الثمرة، قاله مالك فى العتبية. قال محمد: وما لم يضمن له الجزء الباقى من الثمرة، ولا يجوز ذلك بأكثر من ذلك الجزء حتى يحتاج العامل أن يزيد من حائط آخر.

ووجه ذلك أنه إذا ساقاه بأقل من ذلك الجزء، فهى مساقاة صحيحة؛ لأن العامل الأول لما عمل صار بمنزلة صاحب الحائط يجوز أن يساقه صاحب الحائط بأقل من ذلك الجزء، فيبقى للعامل فى الحائط سدس أو ربع كما يبقى لصاحب الحائط إذا ساقى غيره، فإذا ساقاه بأكثر من ذلك الجزء لم يجز ذلك؛ لأنه بمنزلة أن يشترط صاحب الحائط جزءًا زائدًا من حائط آخر على جميع ثمر حائط المساقى.

وروى ابن ميسر عن ابن القاسم عن مالك إن لم يعمل، جاز أن يعطيه صاحب الأرض جزءًا من الثمرة، وإن عمل، لم يجز ذلك.

مسألة: ولو اطلع على أن العامل سارق مبرح يخاف منه أن يقطع النخل، أو يذهب أو يخرب الدار ويبيع أبوابها، لم يكن له إخراجه عند ابن القاسم، واحتج لذلك بما قال مالك فى الرجل يبيع السلعة من رجل مفلس، والبائع لا يعلم بفلسه: أن البيع لازم، فهذا مثله.

قال القاضى أبو الوليد: والذى عندى أن المساقى شريك فى أصل الثمرة والشريك لا يستطيع شريكه أن يخرجه من عين حقه، لما يظهر فيه من خيانة ولا غيرها.

مسألة: ولا تنفسخ المساقاة بموت أحد المتساقيين، فإن مات العامل عمل ورثته، إن كانوا أمناء كما كان صاحبهم يعمل، فإن أبوا ذلك كان مال الميت لازمًا لهم، وإن كانوا غير أمناء لم يسلم إليهم، ويأتون بأمين، قاله ابن القاسم فى المدونة، ففرق بين هذه المسألة، وبين أن يظهر من العامل سرقة أو إغارة؛ وذلك لأن العامل تعلقت المساقاة بذمته وماله ولزمته أكثر من لزومها للورثة، فلو اطلع فى النخل على قلة حمل وضعف، لزمته المساقاة، وكذلك إذا اطلع منه على عيب والورثة لا تتعلق المساقاة بأموالهم، ولا يلزمهم إن كرهوها، وإنما تلزم تركة الميت، وإن كان له مال، ولذلك لم يلزم صاحب الحائط بسرقتهم وخيانتهم.

مسألة: ولو أجيحت الثمرة، فقد روى أشهب عن مالك: لا جائحة في المساقاة، وليس للعامل أن يخرج وهما شريكان في النماء والنقصان. وروى عنه سعد: إن بلغت الجائحة الثلث، فللعامل أن يسقي الحائط كله أو يخرج. قال محمد: ولا شيء له من علاجه ونفقته.

وجه القول الأول أنهما شريكان، فلم يفسخ ذلك بينهما بالجائحة.

ووجه القول الثاني أن عمله عوض من حصته من جميع الثمرة، فإذا أجيحت كان له ترك ذلك كما لو اشتراها.

فرع: وهذا إذا كانت الجائحة شائعة في الحائط، فأما إذا أجيحت جهة، وسلمت أخرى، فيلزم المساقاة فيما سلم إلا يكون بعد أخذ الثلث فأقل، قاله محمد.

قَالَ مَالِك، فِي الْمُسَاقِي: إِنَّهُ لا يَأْخُذُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي سَاقَاهُ شَيْئًا مِنْ ذَهَبٍ وَلا وَرِقٍ يَزْدَادُهُ وَلا طَعَامٍ وَلا شَيْئًا مِنَ الأَشْيَاءِ لا يَصْلُحُ ذَلِكَ، وَلا يَنْبَغِي أَنْ يَأْخُذَ الْمُسَاقَى مِنْ رَبِّ الْحَائِطِ شَيْئًا يَزِيدُهُ إِيَّاهُ مِنْ ذَهَبٍ وَلا وَرِقٍ وَلا طَعَامٍ وَلا شَيْءٍ مِنَ الأَشْيَاءِ، وَالزِّيَادَةُ فِيمَا بَيْنَهُمَا لا تَصْلُحُ.

قَالَ مَالِك: وَالْمُقَارِضُ أَيْضًا بِهَذِهِ الْمَنْزِلَةِ لا يَصْلُحُ إِذَا دَخَلَتِ الزِّيَادَةُ فِي الْمُسَاقَاةِ أَوِ الْمُقَارَضَةِ صَارَتْ إِجَارَةً، وَمَا دَخَلَتْهُ الإِجَارَةُ، فَإِنَّهُ لا يَصْلُحُ، وَلا يَنْبَغِي أَنْ تَقَعَ الإِجَارَةُ بِأَمْرِ غَرَرٍ لا يَدْرِي أَيَكُونُ أَمْ لا يَكُونُ أَوْ يَقِلُّ أَوْ يَكْثُرُ[(١)].

الشرح: قوله: **«ولا يأخذ من الذى ساقاه»** يعنى العامل **«شيئا من ذهب ولا ورق ولا شيئًا من الأشياء يزداده»** يريد أن صاحب الحائط ليس له أن يشترط على العامل شيئًا يزداده غير حصته من الثمرة، يريد مما نقصه خارجًا عن العمل فى الحائط.

وأما اشتراطه عليه العمل فى الحائط، فإنما كان ذلك شرطًا فى صحة عقد المساقاة؛ لأن عقد المساقاة على ما قدمناه مبنى على أن الثمرة فيه عوض عن العمل لا يجوز أن يكون للثمرة عوض غير العمل؛ لأنه يكون من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها وقبل

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/٢٣٨، وقال: لا خلاف بين مجزى المساقاة أنه لا يجوز أن تكون من واحد منهما زيادة يزدادها على جزئه المعلوم؛ لأنه حينئذ يعود الجزء مجهولا، ولا يجوز أن تكون المعاملة على جزء مجهول، وإنما تجوز على جزء معلوم، ثلث، أو نصف، أو ربع، أو نحو ذلك من الأجزاء المعلومات فيما يخرجه إليه فى الثمرة.

ظهورها، ولا يزداد العامل من رب الحائط شيئًا؛ لأنه لا يجوز أن يقارن المساقاة بيع، ولو شرط على صاحب الحائط شيئًا لكان ذلك عوضًا من بيع عمله، فاجتمع عقد مساقاة وبيع، وذلك غير جائز.

مسألة: ولو عقدا مساقاة على جزء من الثمرة بعد أن عمل صاحب الحائط فيه أشهرًا، فإن كان على أن يبيعه بما سقى، لم يصلح، وإن كان ملغى، فلا بأس بذلك، رواه أشهب عن مالك فى العتبية والموزاية، ويدخله ما ذكرنا من ازدياد صاحب الحائط من العامل دنانير أو دراهم، وذلك غير جائز، ولو كانت المساقاة على أن جميع الثمرة للعامل، فذلك جائز إلا أن يكون صاحب الحائط سقاه قبل ذلك بأشهر، رواه أشهب عن مالك فى العتبية. ووجه ذلك أنه يأخذ منه قيمة سقيه فقد باعه الثمرة قبل بدو صلاحها.

قال القاضى أبو الوليد: وإن ألغاه، فعندى أنه يجوز.

فصل: وقوله: «**ولا ينبغى أن يأخذ المساقى من رب الحائط شيئًا من الأشياء**» يريد أنه كما لا يزداد صاحب الحائط من العامل شيئًا كذلك لا يزداد العامل من صاحب الحائط شيئًا، وإنما تنعقد المساقاة على أن العمل عوض عن حصته من الثمرة، وإنما يجوز أن يزداد أحدهما من الأجرة مما لا يلزمه بعقد المساقاة يسير العمل فى الثمرة، فأما ما ازداد من غير ذلك، فلا يجوز قليله ولا كثيره؛ لأن ازدياد صاحب الحائط من العمل يخرجه إلى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها وازدياد العامل من صاحب الحائط يخرجه إلى أن يقارن عقد المساقاة عقد إجارة، وذلك غير جائز لتنافيهما، ولو جازت الإجارة فى الأشجار لما جازت فيها المساقاة.

ووجه آخر وهو أن الإجارة ينافيها الغرر والمساقاة لا تصح إلا فيما فيه الغرر، فلم يجز اجتماعهما كالإجارة والجعل.

قَالَ مَالِك فِى الرَّجُلِ يُسَاقِى الرَّجُلَ الأَرْضَ فِيهَا النَّخْلُ وَالْكَرْمُ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الأُصُولِ فَتَكُونُ فِيهَا الأَرْضُ الْبَيْضَاءُ[(١)].

قَالَ مَالِك: إِذَا كَانَ الْبَيَاضُ تَبَعًا لِلأَصْلِ، وَكَانَ الأَصْلُ أَعْظَمَ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَهُ، فَلا بَأْسَ بِمُسَاقَاتِهِ، وَذَلِكَ أَنْ يَكُونَ النَّخْلُ الثُّلُثَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ، وَيَكُونَ الْبَيَاضُ الثُّلُثَ

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/٢٣٩.

أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ، وَذَلِكَ أَنَّ الْبَيَاضَ حِينَئِذٍ تَبَعٌ لِلأَصْلِ[٢].

الشرح: قوله: «**إن البياض مع النخل فى المساقاة**» إنما يصح إذا كان تبعًا للنخل، وهو أن يكون الثلث من الجملة، والنخل ثلثيها فحينئذ يكون البياض تبعًا للنخل، فإن كان البياض أكثر من الثلث، لم يجز، وقد ذكر فى المدونة ابن القاسم فى النخل يكون تبعًا للبياض فى الكراء: أنه لم يبلغ به الثلث فى إحدى الروايتين، وعلى هذا إن قصر على الثلث، جاز أن يكون تبعًا قولاً واحدًا أو ما كان أزيد من الثلث لم يجز ذلك فيه قولاً واحدًا.

وأما الثلث، فاختلف قوله فيه، فمرة جعله فى حيز اليسير الذى يكون تبعًا، ومرة جعله فى حيز الكثير الذى لا يكون تبعًا.

وجه القول الأول أن كل موضع جعل الثلث فيه حدًا بين ما يجوز وبين ما لا يجوز، فإنه من جملة ما يجوز كالوصية وهبة الزوجة.

ووجه القول الثانى ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «الثلث والثلث كثير»[*].

مسألة: وحكم ما لا تجوز المساقاة فيه مع ما تجوز المساقاة فيه حكم الأرض البيضاء مع النخل، وقد قال مالك فى الموازية: لا بأس أن يساقى الحائط، وفيه من الموز ما فيه، تبع قدر الثلث فأقل. قال محمد: ويكون بينهما على سقاء واحد، ولا يلغى لأحدهما.

فرع: وفيما يراعى الثلث من البياض؟ الظاهر من أقوال أصحاب مالك أن ذلك فيما يلغى، وفيما شرط على حكم المساقاة. وقال ابن عبدوس: إنما يراعى أن يكون تبعا للثمرة كلها إذا كان بينهما، فأما إذا ألغى، فإنما يراعى فيه أن يكون تبعًا لحصة العامل خاصة.

وجه قول ابن عبدوس أن ما صار للعامل يجب أن يكون تبعًا للحصة إذا لم يلغ.

مسألة: وصفة اعتبار ذلك أن ينظر إلى كراء الأرض، فكأنه خمسة دنانير وإلى غلة النخل على المعتاد من حالها، ويسقط من ذلك قدر الإنفاق على الثمرة، فإن بقى من

---

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/٢٣٩.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٧٤٢. مسلم حديث رقم ١٦٢٨. الترمذى حديث رقم ٢١١٦. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٦٢٦. أبو داود حديث رقم ٢٨٦٤. أحمد فى المسند حديث رقم ١٦٠٢. الدارمى حديث رقم ٣١٩٦.

ذلك عشرة دنانير أضيفت إلى كراء الأرض، فيكون خمسة عشر، فيجوز ذلك لأن كراء الأرض تبع، ولو بقى من قيمة الثمرة ثمانية دنانير لم يجز؛ لأن الخمسة إذا أضيفت إلى ثمانية كانت أكثر من ثلث الجملة.

مسألة: فإذا قلنا يجوز فى البيع، ويجوز إلغاؤه للعامل، فهذا إن عمل العامل حتى تكمل المساقاة، فهو له على حسب ما ألغى له، وإن خرج من الحائط بجائحة أصابته، وقد زرع العامل، فقد روى ابن أشرس عن مالك: عليه كراء البياض، ولو عجز عن عمل الحائط، فقد روى على بن زياد عن مالك: عليه كراء الأرض بكراء مثله.

مسألة: وإن كان البياض بينهما، فقد قال ابن القاسم: إنما يجوز ذلك على سقاء الحائط، ولا يجوز على غير ذلك، وقاله أصبغ. وقال أصبغ أيضًا: إذا كانت المساقاة على النصف، وشرط للعامل ثلاثة أرباع البياض، جاز.

وجوه قول ابن القاسم أن المساقاة إذا انعقدت بجزئين مختلفين، لم يجز كالحائطين أو بعض أنواع الشجر.

ووجه قول أصبغ الثانى ما احتج به؛ لأنه يجوز أن يكون له جميع البياض، وهو مخالف لجزء المساقاة، فكذلك إذا شرط عليه جزءًا أكثر من جزئيه فى المساقاة.

مسألة: ومن أخذ زرعًا مساقى قد عجز عنه صاحبه ومعه أرض بيضاء تبعًا للزرع، ففى الموازية: أن ذلك يجوز منه ما يجوز من البياض مع الأصول.

ووجه ذلك أنه تبع للأصل تصح فيه المساقاة كالذى مع النخل.

مسألة: وإن ساقى زرعًا عجز عنه صاحبه، وفيه نخل تبع للزرع، فإنه يجوز أن يساقى ذلك مساقاة واحدة، قاله ابن القاسم فى المدونة. وقال فى الموازية: وكذلك إذا كان الزرع تبعًا للنخل.

فرع: إذا قلنا بجواز أن يجمع النخل والزرع فى المساقاة، فإذا كانت النخل تبعًا للزرع لم تجز المساقاة على مذهب ابن القاسم إلا بشرط أن يعجز صاحب الزرع عنه، وإذا كان الزرع تبعًا للنخل جازت المساقاة، وإن لم يعجز عن الزرع، قاله ابن المواز.

مسألة: وهل يجوز إلغاء النخل التى هى تبع للزرع للعامل، قال ابن القاسم فى المدونة: إنه بخلاف البياض مع النخل، ولا يجوز إلغاء ذلك للعامل، وكذلك الزرع الذى هو تبع للشجر كأصناف من الشجر لا يجوز أن يلغى صنف منها للعامل.

وروى ابن وهب عن مالك: أن ذلك يجوز أن يلغى للعامل وحده، وإذا كان تبعًا كمكترى الدار فيها نخل هى تبع، ولا يجوز أن يكون بينهما، وعلى هذا يجوز أن تلغى المؤن للعامل إذا كانت تبعًا للحائط.

قال مالك: وَإِذَا كَانَتِ الأَرْضُ الْبَيْضَاءُ فِيهَا نَخْلٌ أَوْ كَرْمٌ أَوْ مَا يُشْبِهُ ذَلِكَ مِنَ الأُصُولِ، فَكَانَ الأَصْلُ الثُّلُثَ أَوْ أَقَلَّ، وَالْبَيَاضُ الثُّلُثَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ، جَازَ فِى ذَلِكَ الْكِرَاءُ وَحَرُمَتْ فِيهِ الْمُسَاقَاةُ، وَذَلِكَ أَنَّ مِنْ أَمْرِ النَّاسِ أَنْ يُسَاقُوا الأَصْلَ، وَفِيهِ الْبَيَاضُ وَتُكْرَى الأَرْضُ، وَفِيهَا الشَّىْءُ الْيَسِيرُ مِنَ الأَصْلِ، أَوْ يُبَاعَ الْمُصْحَفُ أَوِ السَّيْفُ وَفِيهِمَا الْحِلْيَةُ مِنَ الْوَرِقِ بِالْوَرِقِ أَوِ الْقِلادَةُ أَوِ الْخَاتَمُ وَفِيهِمَا الْفُصُوصُ وَالذَّهَبُ بِالدَّنَانِيرِ، وَلَمْ تَزَلْ هَذِهِ الْبُيُوعُ جَائِزَةً يَتَبَايَعُهَا النَّاسُ وَيَبْتَاعُونَهَا، وَلَمْ يَأْتِ فِى ذَلِكَ شَىْءٌ مَوْصُوفٌ مَوْقُوفٌ عَلَيْهِ إِذَا هُوَ بَلَغَهُ كَانَ حَرَامًا، أَوْ قَصُرَ عَنْهُ كَانَ حَلالا، وَالأَمْرُ فِى ذَلِكَ عِنْدَنَا الَّذِى عَمِلَ بِهِ النَّاسُ وَأَجَازُوهُ بَيْنَهُمْ أَنَّهُ إِذَا كَانَ الشَّىْءُ مِنْ ذَلِكَ الْوَرِقِ أَوِ الذَّهَبِ تَبَعًا لِمَا هُوَ فِيهِ، جَازَ بَيْعُهُ، وَذَلِكَ أَنْ يَكُونَ النَّصْلُ أَوِ الْمُصْحَفُ أَوِ الْفُصُوصُ قِيمَتُهُ الثُّلُثَانِ أَوْ أَكْثَرُ وَالْحِلْيَةُ قِيمَتُهَا الثُّلُثُ أَوْ أَقَلُّ.

الشرح: قوله: «**فى الأرض البيضاء يكون فيها يسير النخل الثلث فأقل، يجوز ذلك فى الكراء**» أصل ذلك جواز ذلك إذا كانت ثمرة النخل الثلث، وقد منع منه فى المدونة، فروى ابن القاسم عن مالك: أنه يجوز فى اليسير، وأبى أن يبلغ به الثلث، فلم يختلف قول مالك فى يسير الغلة الأرض فى الكراء، وإنما يختلف قوله فى تحديد ذلك اليسير، فمرة يجعل الثلث فى حيز اليسير، ومرة يجعله أول الكثير، وما قصر عنه، فهو من جملة اليسير، وقد تقدم ذكر ذلك، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**وحرمت فيه المساقاة**» يحتمل أن يريد به أنها تحرم فى الجملة من البياض والنخل، وأما إذا أفردت النخل بالمساقاة، فلا بأس بذلك؛ لأنه لا يجوز أن يفرد بالكراء، وقد جوز مالك المساقاة فى النخلة الواحدة والنخلتين.

فصل: وقوله: «**وذلك من أمر الناس أن يساقوا الأرض وفيها البياض، وتكترى الأرض وفيها اليسير من الأصل**» يريد أن هذا أمر شائع دون نكير؛ لأن الضرورة إليه عامة لتعذر انفصال الأرض من الشجر والشجر من الأرض غالبًا وحاجة الناس إلى الاستنابة فى عملها، فما جازت إجارته، كانت فيه الإجارة، وإن كان فيه اليسير مما لا

تجوز فيه الإجارة، وما جازت مساقاته كانت فيه المساقاة، وإن كان فيه اليسير مما تجوز فيه المساقاة.

فصل: وقوله: «**ولم يأت في ذلك شيء موصوف موقوف عليها إذا هو بلغه كان حرامًا أو قصر عنه، كان حلالا**» يريد أنه لم يرد فى ذلك من جهة الشرع حد يبين ما يجوز منه وما لا يجوز، وإنما هذا التحديد باجتهاد العلماء فى فعلهم الثلث فى حيز التبع للثلثين أو فى حيز ما لا يجوز ذلك فيه، والله أعلم.

مسألة: ومن اكترى دارًا فيها نخل ثمرتها تبع لكراء الدار، فتهدمت الدار فى نصف السنة، فقد روى عيسى عن ابن القاسم وأبو زيد عن ابن القاسم: لو كانت الثمرة قد طابت، وكانت تبعًا لما سكن، فهو للمكترى وعليه ثلثا الكراء إن كانت قيمة الثمرة الثلث، فإن لم تطب، فهى لصاحب الدار على المكترى ثلث الكراء.

قال يحيى بن عمر: وكذلك لو طابت الثمرة، وليست بتبع لما سكن، فهى لصاحب الدار، وقد فسد فيها البيع. وقال محمد بن المواز: الثمرة راجعة إلى صاحبها طابت أو لم تطب.

ووجه القول الأول أنها إذا طابت وكانت تبعا لما سكن، فإنما وقع الفسخ من العقد فيما لا يؤثر فى بيع الثمرة؛ لأنه لو أفرد بيع الثمرة بما صح من الكراء لجاز ذلك، فكذلك فى مسألتنا مثله.

ووجه القول الثانى أن الثمرة قد تبعت ما فسخ من التبايع كما تبعت ما جاز منه، فلما فسخ ما هى تبع له انفسخ البيع، لأنه لا يجوز إفرادها بالبيع، وإذا فسد بعضها لذلك فسد جميعها.

* * *

الشَّرْط فِى الرَّقِيقِ فِى الْمُسَاقَاةِ

قَالَ مَالِك: إنَّ أَحْسَنَ مَا سُمِعَ فِى عُمَّال الرَّقِيقِ فِى الْمُسَاقَاةِ يَشْتَرِطُهُمُ الْمُسَاقِى عَلَى صَاحِبِ الأَصْلِ، إِنَّهُ لا بَأْسَ بِذَلِكَ؛ لأَنَّهُمْ عُمَّالُ الْمَال، فَهُمْ بِمَنْزِلَةِ الْمَال لا مَنْفَعَةَ فِيهِمْ لِلدَّاخِلِ إلا أَنَّهُ تَخِفُّ عَنْهُ بِهِمُ المؤنة، وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا فِى الْمَالِ اشْتَدَّتْ مَؤنَتُهُ وَإِنَّمَا ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْمُسَاقَاةِ فِى الْعَيْنِ وَالنَّضْحِ، وَلَنْ تَجِدَ أَحَدًا يُسَاقَى فِى

أَرْضَيْنِ، سَوَاءٍ فِى الأَصْلِ وَالْمَنْفَعَةِ، إِحْدَاهُمَا بِعَيْنٍ وَاثِنَةٍ غَزِيرَةٍ، وَالأُخْرَى بِنَضْحٍ عَلَى شَىْءٍ وَاحِدٍ لِخِفَّةِ مُؤْنَةِ الْعَيْنِ وَشِدَّةِ مُؤْنَةِ النَّضْحِ. قَالَ: وَعَلَى ذَلِكَ الأَمْرُ عِنْدَنَا. قَالَ: وَالْوَاثِنَةُ الثَّابِتُ مَاؤُهَا الَّتِى لا تَغُورُ وَلا تَنْقَطِعُ(١).

الشرح: قوله: «**فى عمل الرقيق فى المساقاة أنه لا بأس أن يشترطهم العامل على صاحب الأصل**» يريد الرقيق الذين كانوا عمال الحائط وقت المساقاة، وقد قال مالك فى المدونة: إنه لا يجوز لصاحب الحائط أن يشترط إخراجهم إذا كانوا فيه يوم المساقاة، ولكن لو أخرجهم قبل ذلك ثم دفع الحائط مساقاة، لم يكن بذلك بأس، فعلى هذا إنما يكون اشتراط العامل لهم على وجه رفع الإلباس على حسب ما قال: إن من استأجر راعيًا يرعى له غنمه سنة، أنه يجب أن يشترط الغنم إن ماتت كان عليه أن يرعى له مثلها، وهذا لو لم يشترطه لكان هذا حكمه.

ويحتمل أيضًا أن يكون على وجه إقرار رب الحائط له بأنهم فى حائطه عند عقد المساقاة. وقد روى عيسى عن ابن القاسم فى العامل يجهل، فلا يستثنى ما فى الحائط من دواب ورقيق، ويقول صاحب الحائط: إنما ساقيتك بغير دواب ولا رقيق، أنهما يتحالفان ويتفاسخان. قال الشيخ أبو محمد: انظر هذا، وهو لا يجوز عنده إخراج دوابه، فقد صار مدعيًا لما لا يجوز.

قال القاضى أبو الوليد: ومعنى المسألة عندى على أصل ابن القاسم أن يجهل العامل، فلا يقر صاحب الحائط على أنهم فى الحائط يوم المساقاة، ولا يشهد عليه بذلك، ويعتقد أنهم فى الحائط، وأنهم به بمجرد العقد على الواجب فى ذلك، ثم اختلفوا فقال صاحب الحائط: لم يكونوا فى الحائط يوم العقد، وقال العامل: بل كانوا فيه، فإنهما يتحالفان ويتفاسخان.

وقد روى ابن مزين، رواية عيسى عن ابن القاسم، فقال: يتحالفان ويتفاسخان، إلا أن يمضى رب الحائط الرقيق، فتلزم المساقاة إلى أجلها، وهذا يدل على صحة العقد على حسب ما قلناه.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/٢٤٢، وقال: ومعنى كلامه أنه لا يجوز للعامل أن يشترط أن يعمل برقيق الحائط فى غيره، ولا أن يشترط فى الرقيق ما ليس فيه، ولا لرب المال أن يخرج من رقيق المال من كان فيه فى عقد فى المساقاة، وله ذلك، قيل: وإنما يساقيه على حاله، ومن مات من الرقيق، أو لحقته آفة، فعلى رب المال أن يخلفه.

وقد اختلف أصحابنا هذه المسألة، وإطلاق عقد المساقاة، فقال عيسى بن دينار وابن نافع فى المدنية: لا يكون الرقيق والدواب للعامل إلا بالشرط والعقد لازم صحيح.

وفى الواضحة أن ما فى الحائط من الأجراء والدواب والدلاء والحبال والأداة من حديد وغيره مما يكون فيه يوم السقاء يستعين به العامل، وإن لم يشترطه.

وقال محمد بن المواز: إن اشترط ذلك رب الحائط لم يجز. واحتج عيسى لقوله بأن لصاحب الحائط أن يقول لو اشترطتهم على ما ساقيتك إلا على أقل من هذا الجزء، وهذا يقتضى أن له أن يساقيه على إخراج الرقيق والدواب. وقول ابن القاسم مبنى على أن ذلك لا يجوز، وقد احتج له بما تقدم.

فرع: فإذا قلنا لا يجوز لصاحب الحائط أن يشترط إخراجهم، فإن شرط رب الحائط إخراج من فيه من الرقيق والدواب، ففى الموازية أن عمل على هذا، فللعامل أجر مثله.

وروى عيسى عن ابن القاسم فى المدنية: له مساقاة مثله. قال محمد بن المواز: قد كان يقوله ثم رجع إلى أجر مثله.

وأما لو اتفقا على أنهم كانوا فى الحائط يوم العقد، فإن صاحب الحائط إن ادعى أنه قد شرط إخراجهم لم يخل من ثلاثة أحوال، إما أن يوافقه العامل على ذلك، فيفسد العقد فيفسخ قبل العمل، ويرد بعد العمل إلى أجر مثله، وإما أن ينكر العامل، ويدعى أنه قد شرط إبقاءهم، فالقول قول العامل.

وكذلك لو لم يدع العامل شيئًا أكثر من أنه أنكر الشرط؛ لأنه يدعى الصحة وصاحب الحائط يدعى الفساد، ولو أقر صاحب الحائط أنه لم يشترط شيئًا، وادعى أنه اعتقد إخراجهم لم ينظر إلى ما ادعاه، وكانوا للعامل، والله أعلم.

مسألة: ولو كان فى الحائط إجراء، فأجرتهم على صاحب الحائط.

ووجه ذلك أن الحائط إنما أخذه العامل مساقاة على صفته التى هو عليها حين العقد، وإنما يكون على تلك الصفة بعمل العمال من الرقيق والأجراء والدواب، فلا يجوز إخراج شىء من ذلك عنه كما لا يجوز أن يدفع إليه حائطه مساقاة، ويستثنى ماءه الذى يسقى وحى به.

مسألة: ومن مات من الرقيق والأجراء والدواب ممن هو لصاحب الحائط، فعليه خلف ذلك، قاله مالك فى المدونة. زاد فى غيرها: وإن لم يشترط العامل ذلك عليه.

ووجه ذلك أن بقاءهم فى الحائط شرط فى صحة المساقاة، فلا يجوز أن يخلو وقت من أوقات المساقاة منهم، فلا يتعلق العقد بأعيانهم إلا مع بقائهم، فإن عدموا لزم صاحب الحائط الإتيان بعوضهم، ولم يكن ذلك بمنزلة العبد المستأجر يعينه على الخدمة، فإن الإجارة تبطل بموته.

والفرق بينهما على وجهين أحدهما أن يكون العقد إنما يكون يقع على عمل فى ذمة صاحب الحائط، ولكن تعين لهؤلاء الأجراء والعمال والدواب بالتسليم واليد كالذى يكترى راحلة مضمونة ثم يسلم إحدى رواحله إلى الراكب، فإنه ليس له أن يبدلها.

والثانى أن يتعين الرقيق والدواب بالعقد، ويكون على صاحب الحائط خلف ذلك إن تلف بمقتضى العقد؛ لأن عمل الرقيق ليس بمقصود بالعقد، والعقد ثابت بموت من مات منهم، فلذلك لزم العوض فيهم.

فرع: وهذا إذا كان الأجير مستأجرًا لجميع العام، وإن كان مستأجرا لبعضه، فلم أر فيه نصًا. وعندى أن عليه أن يعوض منه من يتم العام؛ لأنه لو مات للزمه ذلك، فكانت إذا انقضت مدة إجارته، ولا يمنع ذلك صحة العقد؛ لأن عمل الأجير فى الحائط متعلق بذمة صاحب الحائط أو بمعنى ما يتعلق بذمته.

مسألة: ولو استعمل ما فى الحائط من الحبال والدلاء والآلة، حتى خلق، ولم تكن فيه منفعة، فعلى العامل خلف ذلك، ولو سرق ذلك، لكان على صاحب الحائط خلفه بمنزلة الرقيق والدواب [لتلك][1]، وقد رأيته لبعض العلماء من شيوخنا. وقد قيل فيه غير هذا، أن على صاحب الحائط خلف ذلك فى الوجهين، والأول عندى أظهر.

مسألة: ونفقة الأجراء والرقيق والدواب على العامل دون صاحب الحائط بخلاف الأجرة.

ووجه ذلك أن الأجرة معنى لزم رب الحائط قبل عقد المساقاة، وكذلك أثمان الدواب والرقيق، وليس كذلك النفقة عليهم، فإنها معنى طرأ بعد عقد المساقاة، وبه يتم العمل فكان ذلك على العامل؛ لأن جميع العمل الطارئ عليه.

مسألة: ولو شرط النفقة على صاحب الحائط، لم يجز ذلك، من الواضحة والموازية؛ لأن النفقة الطارئة بعد العقد على العامل.

---

(١) ما بين المعقوفتين هكذا فى الأصل.

فصل: وقوله: «**لأنهم عمال المال، فهم بمنزلة المال لا منفعة فيهم للداخل إلا بخفيف العمل**» يريد أنهم كانوا عمال المال قبل ذلك إلى حين العقد، فظهور المال وقوته، وكثرة عمارته إنما كان بعملهم، ولهم فيه تأثير، فكانوا بمنزلة الماء الذى به صلاح الحائط ونماؤه، فلا لذلك يجوز إخراجهم من المال؛ لأن ذلك بمنزلة السقى، وسائر ما يتصل الانتفاع به.

ولما كانت المساقاة تختلف بما آثره العامل فى الحوائط، فإذا قوى الحائط بالعمل ووضعف بقلته كما يقوى بالسقى، ويضعف بعدمه، وتختلف رغبة العامل فيه بحسب اختلاف ذلك، لم يجز إخراج الرقيق كما لا يجوز الاستمساك بالماء.

فرع: وهذا إذا كان الرقيق والدواب فى الحائط حين المساقاة. وأما لو أخرجهم قبل ذلك لصحت المساقاة على استمساك صاحب الحائط لهم، ومتى يكون إخراجهم يبيح الاستمساك لهم، لم أر فيه نصًا محررًا.

فصل: وقوله: «**ولن تجد أحدًا يساقى فى أرضين، سواء فى الأصل والمنفعة، إحداهما بعين واثنة غزيرة، والأخرى بنضح على شىء واحد**» يريد أن الأرضين إذا تساوتا فى طيب الأرض، وقوة النخل وكثرة غلتهما إلا أن إحداهما لسقيها نضح مأمون غزير، لا يتكلف عمل فى إخراجه والسقى به.

والثانية: سقيها نضخ يتكلف فيه المؤنة يأخذهما نسقًا واحدًا فى عقدين، إلا أن يأخذ إحداهما لمكان الآخر فى عقد واحد، وذلك مما يدل على أن لخفة العمل وشدته تأثيرًا مقصودًا فى المساقاة، فلا يجوز أن يشترط منه إلا ما كان عليه الحائط يوم المساقاة؛ لأن فى اشتراط غير ذلك على العامل عملاً لصاحب الحائط يعمله العامل فى غير الحائط.

وفى اشتراط ذلك على صاحب الحائط اشتراط كثير العمل عليه، وذلك كله غير جائز، ومما يبين ذلك ويوضحه أن صاحب الحائط لو عمل فى الحائط أقل السنة أو أكثرها، ثم ساقاه على أن يعطيه العامل قيمة ما عمل فى ذلك العام، لم يجز ذلك، فاشتراط العمال الذين فى الحائط بمنزلة اشتراط قيمة ما عمل فيه، وذلك كله غير جائز.

فصل: وقوله: «**الواثنة الثابت ماؤها، التى لا تغور، ولا تنقطع**» الرواية المشهورة عن يحيى وغيره: الواتنة بالتاء المعجمة بنقطتين. وقال أبو عبيد فى الغريبين: الواتن الدائم. وفى الحديث «أما تيماء، فعين جارية، وأما خيبر فماء واتن».

ولم يذكر واثنًا بالثاء المعجمة بثلاث نقط. وحكى صاحب العين: الواثن المقيم بالثاء بثلاث نقط، ولم يذكر واتنًا بالتاء المعجمة بنقطتين، فعلى هذا تصح الروايتان. وأما ابن عمر، فقال: وانية، ولم يذكر التفسير.

قَالَ مَالِك: وَلَيْسَ لِلْمُسَاقَى أَنْ يَعْمَلَ بِعُمَّالِ الْمَالِ فِي غَيْرِهِ وَلا أَنْ يَشْتَرِطَ ذَلِكَ عَلَى الَّذِى سَاقَاهُ.

الشرح: قوله: «**وليس للمساقى أن يعمل بعمال الحائط فى غيره**» يريد من وجد فى الحائط من الرقيق، فاشترطهم حين العقد، أو وجب له ذلك بمجرده، فإنه ليس له أن يستعملهم فى غير ذلك الحائط، يريد من حوائطه التى يملكها أو حائط أجنبى اتخذها مساقاة أو عمل فيها بأجرة.

وأما إن كان الرقيق للعامل، فله أن يستعملهم حيث شاء، ويستبدل بهم كيف شاء؛ لأنه إنما عليه العمل فى الحائط على صفة معلومة، فعليه أن يأتى بها على كل حال، ويعمل من شاء.

فصل: وقوله: «**ولا أن يشترط ذلك على الذى ساقاه**» يريد أنه لا يجوز له أن يفعل ذلك بغير شرط فى العقد، فإن فعل منع من ذلك، ولا يفسد العقد، ولا يتغير شىء منه، ولا يجوز أن يشترط ذلك. زاد فى الواضحة: ويفسد هذا الشرط المساقاة؛ لأن اشتراط الزيادة فيها ينافى صحتها.

فرع: فإن شرط ذلك، وفسدت المساقاة، وفاتت بالعمل، فقياس قول ابن القاسم أن يرد إلى أجرة مثله.

قَالَ مَالِك: وَلا يَجُوزُ لِلَّذِى سَاقَى أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ رَقِيقًا يَعْمَلُ بِهِمْ فِى الْحَائِطِ لَيْسُوا فِيهِ حِينَ سَاقَاهُ إِيَّاهُ.

الشرح: قوله: «**لا يجوز للذى ساقى أن يشترط على رب المال رقيقًا، ليسوا فى الحائط**» يريد أن يشترط عملهم فى حائط المساقاة لأن ذلك ازدياد يزداده العامل على رب الحائط مما يلزم العامل، ولا يجوز أن يشترط منه ما له قيمة؛ لأن المساقاة مبنية على مساقاة ازدياد أحد المتساقيين على ما يقتضيه مطلق العقد، ومطلق العقد يقتضى جميع العمل على العامل.

والأصل فى ذلك ما روى نافع عن ابن عمر «أن اليهود سألت النبى ﷺ ليقرهم

على أن يكفوا العمل، ولهم نصف الثمر، فقال لهم النبى ﷺ: نقركم بها على ذلك ما شئنا»(*).

ولأننا قد قدمنا أنه لا يجوز اشتراط صاحب الحائط إخراج من فى الحائط من الرقيق والدواب، فبأن لا يجوز للعامل اشتراط من ليس فى الحائط أحرى وأولى.

فرع: وقد جوز مالك أن يشترط العامل من ذلك التافه اليسير، قال فى المدونة: كالعبد والدابة، قال ابن القاسم وغيره: وذلك فى الحائط الكبير، فإن كان الحائط صغيرًا، لم يجز ذلك عندى؛ لأنه يشترط عليه حينئذ جميع العمل.

ووجه الجواز فى الحائط الكبير؛ لأنه لكل واحد من المتساقيين أن يشترط على صاحبه اليسير مما يلزمه عمله كما يشترط صاحب الحائط على العامل سد الحظار والنفقة اليسيرة فى الظفيرة والقف.

فرع: فإذا قلنا بجواز أن يشترط الغلام والدابة، فإن من ذلك أن يشترط بقاؤه فى الحائط مدة المساقاة.

وإن مات أخلف ذلك رب الحائط، قاله ابن القاسم فى المدونة. وقال فى العتبية: لو لم يشترط ذلك، لم يجز، ولو شرط رب الحائط أن يخلفه، فقد قال فى الواضحة: لا يجوز ذلك.

ووجه ذلك ما فيه من الغرر؛ لأن ما عقدا باق لا يبطل بموت الغلام، فإذا لم يكن عليه خلفه، فقد اشترط عمله مدة مجهولة، وذلك غير جائز.

مسألة: ولا يجوز أن يشترط على صاحب الحائط غلامه معه، قاله ابن القاسم فى المدونة. وقال سحنون: إذا كان الحائط كبيرًا يجوز اشتراط الغلام فيه، جاز اشتراط عمل رب الحائط فيه.

وجه قول ابن القاسم أن من حكم المساقاة أن يكون الحائط بيد العامل كالقراض، وعمل رب الحائط يمنع من ذلك.

ووجه قول سحنون أن هذا اشتراط عمل عامل واحد فى حائط كبير، فجاز ذلك كما لو اشترط عمل أجير.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٣١٥٢. الترمذى حديث رقم ١٣٨٣. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٨٦٣. أبو داود حديث رقم ٣٠٠٨. ابن ماجه حديث رقم ٢٤٦٧. أحمد فى المسند حديث رقم ٤٨٣٩.

فرع: فإن قلنا بقول ابن القاسم، فعمل على ذلك، ففى المدونة: يرد إلى مساقاة مثله. وقال ابن المواز: يرد إلى إجارة مثله.

ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن مالكًا قد أجاز اشتراط عمل الدابة والغلام، فأشار بذلك إلى أنه مكروه من أجل اليد، وأنه ليس من الحرام لما جوز ذلك ما هو فى معناه.

ووجه قول ابن المواز أنه مساقاة تزيل يد العامل، فردت إلى الإجارة، كما لو شرط صاحبه بقاء الحائط فى يده.

قَالَ مَالِك: وَلا يَنْبَغِى لِرَبِّ الْمَالِ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَى الَّذِى دَخَلَ فِى مَالِهِ بِمُسَاقَاةٍ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ رَقِيقِ [الْمَالِ](*) أَحَدًا يُخْرِجُهُ مِنَ الْمَالِ، وَإِنَّمَا مُسَاقَاةُ الْمَالِ عَلَى حَالِهِ الَّذِى هُوَ عَلَيْهِ. قَالَ: فَإِنْ كَانَ صَاحِبُ الْمَالِ يُرِيدُ أَنْ يُخْرِجَ مِنْ رَقِيقِ الْمَالِ أَحَدًا فَلْيُخْرِجْهُ قَبْلَ الْمُسَاقَاةِ أَوْ يُرِيدُ أَنْ يُدْخِلَ فِيهِ أَحَدًا، فَلْيَفْعَلْ ذَلِكَ قَبْلَ الْمُسَاقَاةِ ثُمَّ يُسَاقِى بَعْدَ ذَلِكَ إِنْ شَاءَ.

الشرح: قوله: «**لا ينبغى لرب المال، أن يشترط على العامل إخراج أحد من رقيق المال**» يريد أن حكم المساقاة إبقاء من كان من خدام المال يوم المساقاة؛ لأن المساقاة إنما تكون فيه على حاله الذى هو عليه يوم العقد؛ لأن بعمل العمال صار على الصفة التى يتراضيان عليها، وبإخراج المعين عن الحائط نقص عن تلك الصفة، فصارت بمنزلة استثناء شىء من الحائط الذى يعمل فى جملته، وقد جوز ذلك ابن نافع، وقد تقدم ذكره.

فصل: وقوله: «**وإن كان صاحب المال، يريد أن يخرج من الرقيق أحدًا، فليخرجه، أو يدخل فيه أحدًا فليدخله قبل المساقاة، ثم يساقى على ذلك إن شاء**» يريد أنه أن يخرج الرقيق منه أو يدخل فيه من غير رقيقه، من لم يكن فيه العدد الكثير الذى لا يجوز أن يشترط العامل ممن ليس فى الحائط.

قَالَ: وَمَنْ مَاتَ مِنَ الرَّقِيقِ أَوْ غَابَ أَوْ مَرِضَ، فَعَلَى رَبِّ الْمَالِ أَنْ يُخْلِفَهُ.

الشرح: قوله: «**ومن مات من الرقيق**» يريد من رقيق الحائط الذين كانوا فيه يوم

(*) ما بين المعقوفتين مطموسة فى الأصل وما أوردناه من الموطأ.

العقد، أو شرط العامل فى العقد، فمن لم يكن فيه كالدابة والأجير فى الحائط الكبير، فمن مات منهم أو غاب بإباق أو مرض، «**فعلى رب الحائط خلفه**» يريد أن يعوض منه، وكذلك كل ما يمنع من خدام الحائط من العمل؛ لأنه إذا انعقدت المساقاة على تخفيف العمل عنه مدة المساقاة، ويصح أن يتعلق بأعيانهم، ويلزم صاحب الحائط العوض منهم إن تعذر ذلك منهم؛ لأن العقد لا يتناولهم؛ لأن عملهم ليس بعوض فيه، وإنما هو مستثنى مما يلزم العامل.

ويلزم صاحب الحائط أن يأتى بهم، وإن كان يلزمه فى ذلك من الأجر أكثر من حصته من ثمر ذلك العام بخلاف أرض السقى يغور ماء بئرها بعد الزراعة، فإن على صاحبها أن ينفق فيها كراء سنة، لا يزيد على ذلك، وكذلك المساقاة يغور بئر الحائط أو ينهار، فإن للعامل أن ينفق فى ذلك قيمة حصة رب الحائط من ثمرة ذلك العام لا زيادة على ذلك.

فرق: فعلى هذا ما تقدم من ذلك على ثلاثة أضرب، ضرب: لا يلزم صاحب الحائط والدار أن ينفق فيه، قليلاً ولا كثيرًا، كبنيان الدار المكتراة، وغور العين للأرض المكتراة قبل الزراعة. والضرب الثانى: يلزم صاحب الحائط أن ينفق فيه منفعة سنة كالنفقة على عين الأرض المكتراة، أو حائط المساقى. والضرب الثالث: يلزمه أن يعيده إلى ما كان بلغ ذلك ما بلغ كرقيق حائط المساقى ودوابه.

والفرق بينه وبين البئر والعين أن الرقيق والدواب من جنس ما يلزم العامل الإتيان به من عمل الحائط، وإنما لزم بقاءهم فى الحائط لسقى الحائط على صفته التى كان عليها، ثم على العامل عمل ما زاد على ذلك.

فإذا زالوا من الحائط، لم يكن العامل عمل ما زاد على عملهم مع عدم عملهم، وكان ذلك بمنزلة صاحب العلو والسفل، يلزم صاحب السفل أن يبنى أو يبيع ممن يبنى لتمكن صاحب العلو من عمله؛ لأنه لا يمكنه العمل دون أن يبنى صاحب السفل، فيلزمه إعادة عمله على ما كان بالغًا ما بلغ.

وليس كذلك ماء العين، فليس من جنس ما يلزم العامل الإتيان به، فإذا لم يكن تعلق به حق العامل، لم يلزم صاحب الحائط الإتيان به ليستوفى للعامل منفعة، وإذا تعلق به حق العامل بالعمل والزراعة فى اكتراء الأرض، ولم يتعلق إصلاح ذلك بذمته، وإنما تعلق بما لصاحب الأرض فى ذلك.

مسألة: ومن أدخله العامل فى الحائط من غلام أو أجير أو دابة فتعذر عليه بموت أو غيبة أو مرض، فعلى العامل عوضه، لأن المساقاة انعقدت على أن عليه ذلك العمل فى جميع مدة المساقاة.

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب كراء الأرض

ما جاء فى كراء الأرض

١٣٧٢ - مَالِك، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِى عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ حَنْظَلَةَ بْنِ قَيْسٍ الزُّرَقِىِّ، عَنْ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ كِرَاءِ الْمَزَارِعِ.

قَالَ حَنْظَلَةُ: فَسَأَلْتُ رَافِعَ بْنَ خَدِيجٍ بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ، فَقَالَ: أَمَّا بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ، فَلا بَأْسَ بِهِ(١).

١٣٧٢ - أخرجه البخارى فى المزارعة ٢٣٢٧. مسلم فى البيوع ١٥٤٧، ٢٥٤٨. الترمذى فى الأحكام ١٣٨٤. النسائى فى الأيمان والنذور ٣٨٦٠، ٣٨٦١، ٣٨٦٣، ٣٨٦٤، ٣٨٦٥، ٣٨٦٦، ٣٨٦٧، ٣٨٦٨، ٣٨٦٩، ٣٨٧٠، ٣٨٨٦، ٣٨٨٧، ٣٨٩٢، ٣٨٩٣، ٣٨٩٥، ٣٨٩٦، ٣٨٩٧، ٣٨٩٨، ٣٨٩٩، ٣٩٠٠، ٣٩٠١، ٣٩٠٢، ٣٩٠٤، ٣٩٠٥، ٣٩٠٦، ٣٩٠٧، ٣٩٠٨، ٣٩٠٩، ٣٩١٠، ٢٩١١، ٣٩١٢، ٣٩١٣، ٣٩١٤، ٣٩١٥، ٣٩١٦، ٣٩١٧، ٣٩٢٠، ٣٩٢١، ٣٩٢٢، ٣٩٢٣، ٣٩٢٤. أبو داود فى البيوع ٣٣٨٩، ٣٣٩٢، ٣٣٩٣، ٣٣٩٤، ٣٣٩٥، ٣٣٩٧، ٣٣٩٨، ٣٣٩٩، ٣٤٠٠، ٣٤٠١. ابن ماجه فى الأحكام ٢٤٥٣، ٣٤٥٨، ٢٤٦٠، ٢٤٦١، ٢٤٦٧. أحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٤٩٠، مسند المكيين ١٥٣٧٦، ١٥٣٨٤، مسند الشاميين ١٦٨٠٥، ١٦٨١٦، ١٦٨٢٧،

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٨/٢٢٦: اختلف الناس فى كراء المزارع، فذهبت فرقة إلى أن ذلك لا يجوز بوجه من الوجوه، ومالوا إلى ظاهر هذا الحديث، وما كان مثله، قالوا: إنه قد روى عن رافع بن خديج من هذا الوجه، وغيره خلاف ما حكاه ربيعة، عن حنظلة عنه من تأويله. هذا، وذكروا أن أحاديث رافع فى ذلك مضطربة الألفاظ، مختلفة المعانى، واحتجوا بما حدثناه إسماعيل بن عبدالرحمن القرشى، قال: حدثنا محمد بن العباس الحلبى، قال: حدثنا أبو عوانة الحسين بن محمد الحرانى بحران، قال: حدثنا عمرو بن عثمان الحمصى، قال: حدثنا ضمرة بن ربيعة، عن ابن شوذب، عن مطر، عن عطاء، عن جابر، قال: «خطبنا رسول الله ﷺ فقال: من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها ولا يواجرها».

١٣٧٣ – مَالِك عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ قَالَ: سَأَلْتُ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ عَنْ كِرَاءِ الأَرْضِ بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ، فَقَالَ: لا بَأْسَ بِهِ.

١٣٧٤ – مَالِك عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ سَأَلَ سَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ عَنْ كِرَاءِ الْمَزَارِعِ، فَقَالَ: لا بَأْسَ بِهَا بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ.

قَالَ ابْنُ شِهَابٍ: فَقُلْتُ لَهُ: أَرَأَيْتَ الْحَدِيثَ الَّذِى يُذْكَرُ عَنْ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ، فَقَالَ: أَكْثَرَ رَافِعٌ، وَلَوْ كَانَ لِى مَزْرَعَةٌ أَكْرَيْتُهَا.

الشرح: قوله: «**أن رسول الله ﷺ نهى عن كراء المزارع**» عام فى كل ما تكرى به إلا ما خصه الدليل، فأتى من ذلك المنع فى الجملة، ذهب طاوس فى أحد قوليه، وذهب فقهاء الأمصار إلى تجويز ذلك.

ووجهه أن الراوى للمنع باللفظ العام لم ينقل لفظ النبى ﷺ، وإنما أخبره عنه وهو الذى أخبر بأن ذلك مقصور على غير الذهب والورق.

ومن جهة المعنى أنه لو لم يجز استئجارها لمنفعتها المقصودة، لجازت المساقاة فيها كالنخل، ولما لم تجز المساقاة فيها، جاز استئجارها كالدواب وسائر ما يستأجر.

فصل: وقول حنظلة: «**فسألت رافع بن خديج بالذهب والورق، فقال: أما الذهب والورق، فلا بأس به**» يقتضى إباحة ذلك بالذهب والورق، وقد ذهب إلى إباحته بغير الذهب والورق مالك وفقهاء الأمصار غير ربيعة، فإنه منعه بغير الذهب والورق.

والدليل على ما نقوله أن ما جاز استئجاره بالذهب والورق، جاز استئجاره بالحيوان والثياب كالرواحل.

فإذا ثبت ذلك، فإنه يجوز استئجاره بكل ما ليس بمطعوم، ولا ثابت فى الأرض على مذهب مالك ورواية ابن القاسم عنه، وقد تقدم ذكر ما لأصحابنا وغيرهم فى ذلك من الاختلاف مما لا يليق بهذا المختصر.

فصل: وقول ابن شهاب لسالم، وقد قال له: يجوز كراؤها بالذهب والورق: «**رأيت الحديث الذى يذكر عن رافع بن خديج**» يريد قوله: نهى رسول الله ﷺ عن

١٣٧٣ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٨٠.

١٣٧٤ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٨١.

كراء المزارع، ويتناول عموم ذلك للمنع من كرائها بذهب وورق وغيره، فقال له سالم: «**أكثر رافع**» يريد أنه روى من النهى ما منع منه، وما لم يمنع، وأن النهى إنما توجه إلى منفعة بغير الذهب والورق، لكن رواه بلفظ العموم، أو نقل اللفظ على ما سمعه، ولم ينقل معه ما يمنع حمله على العموم من العرف والعادة، أو ما يوجب التخصيص ويدل عليه.

فصل: وقوله: «**ولو كانت لى مزرعة أكريتها**» على معنى تجويز الكراء فى الجملة، لا على معنى تجويز إكرائها بكل عوض، وإنما يقتضى ذلك أنه يرى اكتراءها جائزًا فى الجملة، ثم ينظر فى العوض الذى روى عنه أنه جوز ذلك بالذهب والورق، وسكت عن اكترائها بغير ذلك.

وقد روى نافع عن عبدالله بن عمر «كان يكرى مزارعه على عهد النبى ﷺ وأبى بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم وصدرًا من إمارة معاوية، ثم حدث رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عن كراء المزارع، فذهبت معه، فسألته فقال: نهى النبى ﷺ عن كراء المزارع. فقال ابن عمر: قد علمت أنا كنا نكرى مزارعنا على عهد رسول الله ﷺ بما على الأربعاء وشىء من التين»(*).

وروى ابن شهاب عن سالم بن عبدالله أن عبدالله بن عمر، قال: كنت أعلم فى عهد رسول ﷺ أن الأرض تكرى، ثم خشى عبدالله أن يكون النبى ﷺ قد أحدث فى ذلك شيئًا لم يكن علمه، فترك اكتراء الأرض، فقال ابن عمر لرافع بن خديج: قد علمت أنا كنا نكرى مزارعنا على عهد رسول الله ﷺ بما على الأربعاء وبشىء من التين، ليس فيه أن النبى ﷺ علم به فأقره، بل هو نفس المنهى عنه، والمتفق عليه على المنع منه.

وقد روى رافع بن خديج عن عمه أنهم كانوا يكرون الأرض على عهد رسول الله ﷺ بما ثبت على الأربعاء، أو شىء يستثنيه صاحب الأرض، فنهانا النبى ﷺ عن ذلك. فقد تناول نهى النبى ﷺ ما كان ابن عمر يفعله إلا أن ابن عمر لم يكن علم بنهيه عن ذلك.

قال الليث فى هذا الحديث: وكان الذى نهى عنه من ذلك ما لو نظر فيه ذو الفهم بالحلال والحرام، لم يجزه لما فيه من المخاطرة، وقد بين علة ذلك رافع بن خديج من

(*) أخرجه البخارى بلفظه، كتاب المزارعة حديث رقم ٢٣٤٤.

رواية يحيى بن سعيد عن حنظلة الزرقى عن رافع، قال: كنا أكثر أهل المدينة حقلاً وكنا نكرى الأرض بالناحية منها مسماة لسيد الأرض، فما يصاب ذلك وتسلم الأرض مما تصاب الأرض، ويسلم ذلك، فنهاهم النبى ﷺ ولعل ابن عمر لما بلغه نهى النبى ﷺ عن ذلك امتنع منه، وجوزه بالذهب والورق على ما جوزه ابنه سالم، ويحتمل أن يكون امتنع منه جملة لما خشى أن يكون حدث من النبى ﷺ فى ذلك منع عام، والله أعلم.

١٣٧٥ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ عَوْفٍ تَكَارَى أَرْضًا، فَلَمْ تَزَلْ فِي يَدَيْهِ بِكِرَاءٍ حَتَّى مَاتَ. قَالَ ابْنُهُ: فَمَا كُنْتُ أُرَاهَا إِلا لَنَا مِنْ طُولِ مَا مَكَثَتْ فِي يَدَيْهِ حَتَّى ذَكَرَهَا لَنَا عِنْدَ مَوْتِهِ، فَأَمَرَنَا بِقَضَاءِ شَيْءٍ كَانَ عَلَيْهِ مِنْ كِرَائِهَا ذَهَبٍ أَوْ وَرِقٍ.

١٣٧٦ - قَالَ مَالِك عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ يُكْرِى أَرْضَهُ بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ.

الشرح: قوله: «**أن عبدالرحمن بن عوف كان يكرى أرضًا، فلم تزل فى يديه حتى مات**» يحتمل أنه كان اكتراها مساقاة، وذلك بأن يكريها منه بدينار فى كل عام، ولا يحد فى ذلك أعوامًا، ولكنه يطلق فيها القول، وهذا عند مالك جائز، ومنع منه الشافعى، وقال: هو باطل.

والدليل على ما نقوله ما روى ابن عمر «أن اليهود سألوا النبى ﷺ أن يقرهم على أن يكفوا العمل، ولهم شطر الثمرة، فقال: نقركم على ذلك ما شئنا»(*). وهذا نص فى موضع الخلاف.

ومن جهة المعنى أن ما جاز العقد على واحد منه غير معين، جاز العقد على جملة منه غير مقدرة، كما قال: اشترى منك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنما يلزم هذا لكراء ما مضى، وللمكترى أن يخرج متى شاء،

١٣٧٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٨٢.

١٣٧٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٨٣.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٣١٥٢. الترمذى حديث رقم ١٣٨٣. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٨٦٣. أبو داود حديث رقم ٣٠٠٨. ابن ماجه حديث رقم ٢٤٦٧. أحمد فى المسند حديث رقم ٤٨٣٩.

ولصاحب الأرض أن يخرجه متى شاء، رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية؛ لأن عدم التقدير فى الكراء ينافى اللزوم؛ لأنه لو لزم لتأبد وذلك مناف للكراء، ولا يلزم منه إلا وجيبة واحدة فى المشهور من المذهب، وهذا إذا قال: كل شهر بدرهم أو كل سنة بدرهم أو فى السنة أو فى الشهر بكذا، رواه عيسى عن ابن القاسم عن مالك.

وروى فى كتاب محمد: أو الشهر. وفى الواضحة لمطرف وابن الماجشون: وروايتهما عن مالك أنه إذا قال: كل شهر أو الشهر أو فى الشهر بكذا، فالشهر الأول لازم، وما زاد على ذلك فلكل واحد منهما نقضه فى أول الشهر كان أو آخره.

وجه رواية ابن القاسم أنه شهر لم يتعين إلا كتعيين غيره، فيجب أن لا يكون لازمًا كالثانى.

ووجه رواية ابن الماجشون أنه ما قدر به الكراء أقل ما يجب لزومه بالعقد؛ لأن العقد مقتضاه اللزوم، وما زاد على ذلك، فلم يتناوله اللزوم؛ لأنه زائد على ما قدر به الكراء.

فرع: فإن نقده الكراء، فقد لزمهما مقدار ما نقد منه؛ لأن النقد قد قطع ما احتمله اللفظ من الخيار، وأخرجه إلى اللزوم فى ذلك القدر، ولو اكترى منه سنة معينة على أن يخرج متى شاء، جاز.

مسألة: ولو عقد الكراء بأنى قد اكتريت هذه الأرض سنة أو هذه الدار شهرًا، فهو جائز لكون المدة من وقت الكراء، ويكون ذلك بمنزلة التعيين للسنة، وإن كانت دارًا، ففى المدونة: إن اكتراها سنة، ولم يسم متى سكنها، فإن ذلك جائز.

فإن اكتراها بعد مضى عشرة أيام من السنة، فإنه يحسب بقية هذا الشهر الذى ذهب بعضه، ثم يحسب أحد عشر شهرًا بعده بالأهلة، ثم يتم على الأيام الأولى شهرًا ثلاثين يومًا، فيكون من هذا العام شهر واحد على الأيام وأحد عشر شهرًا بالأهلة.

وأما إن كانت أرضًا، فإن كانت من الأرض التى تزرع العام كله فيها القول والخضر، فيصح أن يكترى مشاهره ومساناة، وإن كانت خالية من الزرع، فأول سنيها من يوم العقد، وإن كان فيها خضرة أو زرع، فمن وقت تخلو، وآخر عامها على ذلك على مثل ما تقدم من الدور، إلا أن يكون لأهل بلد عرف فى الكراء بالشهور العجمية فى الأرض، فيكون إطلاق الكراء يقتضى ذلك.

وإن كانت من الأرض التى إنما تزرع مدة كأرض النيل وما أشبهها، فأول سنتها وقت زراعتها، ووقت الزرع للحرث إن كانت أرضًا يقدم لها الحرث، وآخر عامها على ما قاله فى المدونة: رفع الزرع.

فإن بقى من العام شهر أو شهران، وما لا ينتفع فيه الزرع، فليس للمكترى أن يحرث فيها زرعًا إلا بكراء مؤتنف، ولا يحط عنه لما بقى شىء، ولربها حرثها لنفسه، وليس للمكترى منعه؛ لأنه مضار، ولو زرعها المكترى، وهو يعلم أن الوجيبة تنقضى قبل تمام زرعه بالأيام والشهر، فربها مخير، وإن شاء حرث أرضه وأفسد زرعه، وإن شاء أقره، وأخذ بالأكثر من كراء المثل، وبحساب كراء الوجيبة، قاله ابن حبيب. ووصف ذلك كله أنه منعه من الزراعة لانقضاء عامه.

فرع: فإن كانت من الأرض التى تزرع العام كله، وأتى آخر العام وللمكترى فيها زرع أو بقل، فقد قال مالك: ليس لصاحب الأرض قلعه وزرعه ولا يقلعه، ويترك ذلك حتى يتم، ولرب الأرض كراء مثل أرضه على حساب ما كان اكتراها منه.

واختلف شيوخنا فى تأويل هذا اللفظ، فقال بعض أهل بلدنا: إن ظاهر اللفظ أنه متضاد؛ لأن كراء أرضه، مفهومه ما يساوى أرضه، كان ذلك أقل من حساب ما اكترى أو أكثر.

وقوله: على حساب ما كان اكتراها، يقتضى الاعتبار بما تقدم من عقدهما سواء كان ذلك أقل من كراء مثلها أو أكثر، قال: ولكن له فى المسألة قولان، أحدهما: كراء المثل. والثانى: له كراء من حساب ما كان اكترى.

وقال بعض القرويين: قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والصحيح عندى من ذلك أن معنى هذا الكلام أن عليه كراء مثل تلك المدة؛ لأن أوقات السنة يختلف فى كثرة الكراء وقلته، ولذلك قال مالك: ليس كراؤها فى الشتاء والصيف واحدًا، فكراء مثل أرضه إنما أراد من الأرض التى تستعمل السنة كلها، فتعتبر كراؤها فى مثل ذلك الوقت من السنة، ولكنه على حساب ما اكترى.

فإن اكتراها منه بعشرة دنانير، وتلك المدة وإن كانت شهرًا واحدًا فحصته من كراء السنة الربع لرغبة الناس فيه وآخر وقت الغلة، فيكون عليه ديناران ونصف، وإنما جاز له أن يعتبر بما عقد عليه من الكراء، كان أكثر المثل أو أقل، وإن كانت المدة خارجة عن عقد؛ لأنه زرع فى وقت كان له العمل؛ لأنها مدة قد استحقها بالكراء، ولا فائدة

لها إلا الزرع، فلذلك أسندت المدة المستقبلة إلى هذه الأولى لأنها بسببها، ولولا ذلك لكانت مدة تعد وظلم يكون لصاحب الأصل فيها كراء المثل يأمره بقلع ما زرع، وهذا موضع الخلاف، فإن الغير يقول: لم يكن للمكترى أن يزرع حال لم يبق له من شهوره مدة يتم فيها زرعه.

فإذا زرع، فقد تعدى فى بقية المدة، فعليه كراء المثل إلا أن يكون أقل مما يجب له على حساب ما مضى، فعليه الأكثر لأنه راض إذا عملها بحساب ما مضى. وفى الواضحة: أن المكترى أرض المساقاة قبل أن يعمد إلى انقضاء الوجيبة، فجاز ذلك بأيام أو شهر، فله كراء ذلك على ما ذكرناه، يريد أن الأكثر من كراء المثل، أو على حساب ما كان اكترى.

وإن علم أنه لا يبلغ تمامه إلا بالوجيبة بأمر بعيد، فلرب الأرض أن يقلع أو يترك، وله الأكثر من كراء الوجيبة أو كراء المثل، فقال فى أول المسألة: له أن يعمد إلى انقضاء الوجيبة، ثم حكم فى ذلك بحكم المنع، وإنما تحقق القول على مذهبه أن له أن يعمد ما تيقن أن ورقته تتم قبل انقضاء الوجيبة، ولو تبايعا عند الزراعة لوجب أن تكرى الأرض، ويكون لكل واحد منهما من الكراء بقدر ما له من المدة.

مسألة: ولو اكترى أرضًا سنين فغرسها فانقضت المدة، وفيها شجر المكترى، فإن لصاحب الأرض أن يأخذها بقيمتها مقلوعة، أو يأمر المكترى يقلعها، ولو انقضت المدة وفيها زرع، لم يكن لصاحب الأرض أن يأخذه بقيمته، ولا أن يأمره بقلعه.

والفرق بينهما أن الزرع له أمر يكمل فيه، وتخلو الأرض منه، فلذلك كان لصاحبه أخذه؛ لأنه مما ينقل ويحول والشجر أصل ثابت، فلو لزم بقاؤه فى الأرض لاستحق صاحبه الأرض بغير عوض ولخرج عن حكم الكراء الذى مقتضاه أن ينقضى بانقضاء أمد إلى حد الاستحقاق فى الثمرة المؤبرة.

ولو كان فى الشجرة ثمرة مؤبرة لم يخل أن تكون مؤبرة أوغير مؤبرة، فإن كانت غير مؤبرة، فقد قال غير واحد من القرويين: إن كانت الشجرة غير مؤبرة أجبر المكترى على قلع شجره، وإن كانت مؤبرة لم يجبر على قلعه، وكان له إبقاءها حتى تتم ثمرتها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الأرض على ضربين، مأمونة وغير مأمونة. فأما المأمونة فهى أرض النيل. قال مالك: وليس أرض المطر عندى بينا كبيان أرض

النيل، وإن كانت لا تكاد تخلف فالنقد جائز خلافًا لعمر بن عبد العزيز فى أرض النيل.

والدليل على ما نقوله أن الغالب من منافعها الاستيفاء، فجاز الكراء فيها كسكنى الدور. قال مالك وأصحابه: وكذلك أرض الآبار والأنهار؛ لأنها لا تكاد تخلف إلا فى الغب.

مسألة: وأما أرض المطر، فإن كانت لا تخلف، فقد قال مالك. لا بأس به، والنيل أبين، وبه قال ابن عبد الحكم وأصبغ وابن الماجشون، وقد قيل لهما إن أرض الأندلس أرض مطر، ولا تكاد تخلف، فقالوا: لا ينعقد فيها حتى يأتيها المطر الذى يحرث عليه، ولا ينتظر بها الرواء بخلاف أرض النيل.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى أن معنى المأمونة عند مالك أن تكفيها سقية واحدة تروى بها كأرض النيل. فأما أرض المطر، فلا يكفيها إلا المطر المتكرر، ولو أراد أن المأمونة هى التى لا ينقطع عنها السقى بوجه، لم تكن أرض النيل بمأمونة، فإنه قد ينقطع عنها السقى كما ينقطع المطر لكنها تفارقها لما قدمناه.

مسألة: وأما الأرض التى ليست بمأمونة، فلا يجوز النقد فيها بشرط عند العقد خلافًا لأبى حنيفة والشافعى.

والدليل على ما نقوله أنه لما كانت منفعتها المقصودة منها لا تتم إلا بالمطر، لم يجب له كراء الأرض إلا مع المطر، ولما كان عدمه معتادًا لم يجز النقد؛ لأن بعدم المطر يجب رده، فيكون تاره كراء إن نزل المطر، وتاره سلفًا إن عدم المطر.

فرع: فإن نقد بشرط، فقد روى فى العتبية حسين بن عاصم فيمن اكترى أرضه عشر سنين، وهى أرض مطر وانتقد، فإن لم تكن مأمونة، فهى كراء وسلف يفسخ ما لم يفت، فإن حرثها لقليب أو زرع، فذلك فوت ويقاصه بكراء سنة بعينها من سائر السنين من الثمن الذى قبض، ويرد لما بقى.

ووجه ذلك أنه كان نقده بشرط لم يجز؛ لأنه سلف جر منفعة، وإن نقده بغير شرط، فقد أطلق اللفظ فى المسألة، والأظهر الجواز، وإن كان بشرط ذلك، فهو عقد فاسد، فيفسخ ما لم يفت، فإن فات بالعمل، لزمه بكراء المثل، فيقاصه كما تقدم فى كراء سنة معينة لأنه فيها، ولا يقضيه غيرها، ويترك ذلك دينًا عليه يأخذ به منفعة أرض، فيؤدى إلى فسخ دين فى دين.

مسألة: فإن أطلق العقد فى كراء الأرض، فمتى يلزم النقد، رأيت لأبى محمد بعد الحق: أن كراء الأرض على ثلاثة أوجه. فأما أرض المطر، فلا يلزمه أن ينقد حتى يتم زرعه؛ وأما أرض النيل والمأمونة من المطر، فينقده إذا رويت.

وأما أرض السقى التى زرع بطونًا، فينقده عند ابن القاسم، عند تمام كل بطن ما ينوبه، وعند أشهب: عند ابتداء كل بطن ما ينوبه، ولا فرق بين الأول والثانى عندهما.

قال القاضى أبو الوليد: ويحتاج هذا إلى تأمل، فإنه قد ذكر فى المدونة أنه لا يصلح النقد فى أرض المطر إلا بعد ما تروى، وتمكن من الحرث، وهذا لا يجوز أن يريد إلا غير المأمونة، فإن المأمونة يصلح النقد فيها قبل أن تروى، ولكنه لعله أراد فى مسألة المدونة الرى المبلغ، وعلى ذلك تصح المسألة.

وإنما يلزم النقد فى أرض النيل إذا رويت؛ لأنها إنما تروى مرة واحدة، وبها يتم الزرع، فما كان من أرض المطر هذا حكمه، فهى المأمونة عند مالك، وما كان توالى المطر عليها لا يكاد أن يخلف لكنه يحتاج إلى تتابعه فى إتمام الزرع، فلا يلزم النقد بنفس الرى الأول، وإنما يلزم النقد بالرى المبلغ.

وأما أرض الخضر التى ترزع بطونًا، فقد قال أشهب: يلزمه أن ينقد أول كل بطن ما ينوبه. وقال ابن القاسم: ينقد عند تمام كل بطن ما ينوبه، وإن كانت من الأرض التى يكفيها أول سقية لتمام البطن، فهى التى أراد أشهب؛ لأنها بمنزلة أرض النيل إذا قصد بها الزرع، وإن كان يحتاج إلى متابعة السقى، فهى التى عناها ابن القاسم، وسواء كان الماء من عين أو بئر، وهى التى تشبه السكنى.

ووجه ذلك أن الأرض إذا كان ما زرع فيها يتم بأول رى لزم النقد مع وجوده؛ لأن الذى على صاحب الأرض إنما هو فى أرضه، فقد قبض ذلك المكرى الأرض إذا جعلناها قابضة، فلزمه النقد، وإن كانت تحتاج إلى توالى المطر وتتابعه، فلم يقع الاستيفاء، فلم يلزم النقد.

وأما اشتراط الكراء، فقد تقدم أنه يجوز فى الأرض المأمونة من النل وَالسيح أو المطر على أى وجه كان أمانها عند العقد. وأما أرض المطر التى يتخلف مطرها، فلا يجوز اشتراط قبض ذلك عند العقد.

مسألة: فإذا وقع العقد على الجائز من ترك اشتراط النقد، فمتى ينقد، فقد قال مالك: لا يصلح النقد فيها إلا إذا رويت، وذلك ينقسم قسمين.

فإن كانت من أرض النيل، فإذا قبض الأرض، وقد رويت، لزمه عند ابن القاسم نقد الكراء، وإن كانت من الأرض التى لا يتم زرعها إلا بالمطر، أرض نيل كانت أو أرض مطر، فإنه لا ينقده الكراء حتى يتم. وقال غيره: إذا كانت مأمونة السقى وجب الكراء نقدًا.

فوجه قول ابن القاسم أن الكراء إنما يجب بتمام المنفعة، وذلك إنما يكون بالرى المبلغ.

ووجه قول الغير أن المنافع المنتفية والتى ظاهرها والغالب فيها إمكان القبض بمنزلة المقبوضة.

فصل: وأما اكتراء الأرض، فإن كانت مأمونة، فإنه يجوز عقد الكراء قبل إبان الحرث، وتكرى العشر سنين وأكثر، ما لم يكثر ذلك، فإن كانت غير مأمونة كأرض المطر التى تروى مرة، وتعطش أخرى، فأجاز الرواة اكتراءها، قبل إبان الحرث إذا لم ينقد.

وقال غيره: لا تكترى إلا قرب الحرث مع وقوع المطر والسرى، ويكون مبلغًا لهأو لأكثر، مع رجاء غيره، ولا يجوز اكتراءها أكثر من سنة واحدة.

وجه قول ابن القاسم أن عقد الكراء لا يمنع منه مخافة فوات المقصود التمكن من تسليم العين وإنما يمنع من صحته تعذر تسليم العين، فإن ما يؤثر مخافة فوات المقصود من تعجيل النقد.

ووجه قول الغير ما احتج به من أنه لا فائدة فى هذا العقد قبل وقت العمل، إلا مجرد التحجير على صاحب الأرض من البيع وغيره، فوجب أن يكون ممنوعًا منه. وقول ابن القاسم أظهر.

مسألة: وقد قال مالك فى المدونة: لا أحب أن يتكارى أرضًا ما ليس فى مثله ما يكفى زرعه. قال ابن القاسم: وإنما كرهه من وجه الغرر.

والفرق بينه وبين أرض المطر، أن هذا إنما يدخل من الماء على قدر ما يرى، فإن كان فيه ما يبلغ زرعه، وإلا فلا شىء له غيره، وأرض المطر إن لم يأت من المطر ما يبلغ زرعه وإلا سقط عنه الكراء.

قال: ولو تكاريا على أنه لم يكفه ما رأى من الماء، رجع عليه بالكراء، فإنه أيضًا

خطأ، ولأن صاحب الأرض لو علم أن ذلك الماء يتم به الزرع، لم يكره بأمثال ذلك، يريد أن الماء معلوم، وإنما تخاطرا فى تمام الزرع به أم لا.

وأما المطر فماؤه غير معلوم، وإنما يكترى على التبليغ، ولا يعلم المكترى من حال المطر، إلا ما يعلمه المكترى، فلم يكن ذلك من وجه الخطر المانع صحة العقد، وهذا كبيع الآبق الذى لا يتيقن تسليمه أو بيع المهر الصعب المطلق، فإنه لا يجوز بيعه، وإن شرط أنه لم يستطع قبضه، رد إليه الثمن، والله أعلم.

مسألة: ومن اكترى أرضًا ليزرعها شعيرًا، فإن أراد أن يزرع فيها حنطة، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: إن أراد أن يزرع فيها ما مضرته مضرة القمح أو أقل، جاز له ذلك، وإن أراد أن يزرع فيها ما مضرته أشد من مضرة القمح، لم يكن له ذلك.

ووجه ذلك أن ما تستوفى به المنافع فى الإجارات لا يتعين، وإنما تتعين العين التى يستوفى منها المنافع، وجنس العين التى يستوفى بها كحمل الراحلة، وإنما تتعين الراحلة، ويتعين جنس الحمل ليمتنع ما هو أضر منه، ولا يمتنع المكترى مما هو مثله.

فرع: فإن زرعها ما ضرره أكثر من الشعير، فلربها كراء الشعير وقيمة الزيادة بالضرر، قاله القاضى أبو محمد. وقال الشافعى: له كراء المثل.

ودليلنا على ذلك أنه تناول من المنفعة زيادة على القدر المعقود عليه، فلربه بقدر ما زاد مع ما عقد به. أصل ذلك اكتراء دابة من بغداد إلى حلوان، فيتعدى بها إلى الرى، فإن له الأجرة من بغداد إلى حلوان، وكراء المثل من حلوان إلى الرى.

مسألة: ومن اكترى أرضًا سنين للزرع، لها بئر أو عين، فذهب ماؤها، فإن لم يكن له زرع انفسخ الكراء، وليس له أن ينفق فى إصلاح ذلك كراء عامه ذلك ولا غيره، قاله محمد بن المواز وعبدالملك بن حبيب وغيرهما.

ووجه ذلك أنه لا يلزمه استدامة الكراء لعدم ما اكترى من الماء الذى تتم به المنفعة المقصودة كما لو اكترى دارًا ليسكنها، فانهدم بناؤها، وليس له على صاحبها إصلاحها؛ لأنه لم يزرع فيها بعد، فلم يتلف له إلا ما لا يترك الإنفاق فيها.

قال ابن المواز: فإن أنفق فيها المكترى، فهو مصدق، ثم لا يلزم ذلك لربها إلا أن يشاء فيؤدونه نقدًا، وإن حسبه فى الكراء، جاز. قال ابن الموز: فإن أنفق فيها المكترى، فهو مصدق، ثم لا يلزم ربها ذلك، ولم يكن دينا بدين.

مسألة: وإن كان قد زرع الأرض، فلا يخلو أن يكون فى كراء السنة الأولى ما يصلح به ما فسد من الماء أو لا يبلغ ذلك، فإن لم يبلغه فسخ الكراء بينهما، قاله أبو محمد بن المواز.

وقال عبدالملك بن حبيب: يقال للمكترى: أنفق ما زاد على أن رب المال مخير عليك بعد الوجيبة فى أن يأمرك بقلع ما لك فيه من خشب أو حجر أو يعطيك قيمته، وكلاهما يؤول إلى معنى واحد؛ لأن معنى قول ابن المواز: المكترى، لم يرد أن ينفق ما زاد على كراء السنة، فاحتاج إلى الزيادة. ومعنى قول ابن حبيب أنه أراد ذلك وبدأ بالإنفاق، وهو يظن بلوغ المراد على كراء السنة، فاحتاج إلى الزيادة.

مسألة: فإذا زرع لزم رب الأرض العمل بكراء أول عام، سواء انتقد أو لم ينتقد، فإن كان انتقد وأعدم به، ففى الموزاية، قيل للمزارع أنفقه من مالك سلفًا لك إن شئت.

ووجه ذلك أنه لما تعلق هذا الحق بإنفاق هذا العام اختص به، فإن كان الكراء باقيًا عند الزارع أنفقه، وإن كان عند صاحب الأرض لزمه إنفاقه، فإن أعدم به كان لصاحب الأرض أن يسلفه إياه، ويتبعه به فى ذمته.

مسألة: ويعلم كراء العام بتقويم السنين، وإن كانت تختلف، فينفق مما يصيب هذا العام، وهو مذهب مالك فى المدونة. قال محمد بن المواز: يخرج من كراء الأرض لثلاث سنين ثلث الكراء، إن اكتراه بالذهب أو الورق، وإن كان مؤخرًا، ولا يقوم العين، وإن كان عرضًا، فإنما يخرج فيه كراء تلك السنة من الصفقة على أن يقبض إلى أجله كما لو بيع.

مسألة: ولو أحب الزارع أن لا ينفق، وسقط عنه الكراء، فذلك له، قاله مالك.

ووجه ذلك أن الحق ثبت له بالزراعة، فكان له الخيار فى اقتضائه أو تركه. وأما صاحب الأرض، فحاله قبل الزراعة أو بعده سواء.

مسألة: فإن زرع وذهب بالعين أو البئر قبل تمام الزرع، فهلك الزرع بذهاب الماء، فلا كراء لصاحب الأرض، فإن كان أخذ الكراء لزم صاحب البئر أو العين رده، وإن كان لم يأخذه، فذلك عن الزارع موضوع، ولو هلك بعضه، وكان قد حصد شيئًا له قدر ومنفعة، أعطى من الكراء بحساب ذلك، وإن لم يكن له قدر، ولا منفعة لم يكن لرب الأرض من الكراء شيء، قاله مالك فى المدونة.

مسألة: ولو كانت من أرض المطر، فقد قال مالك فى المدونة: إن لم يأته من المطر ما يتم به زرعه، فلا كراء عليه، ولو كثر المطر، فقتل الزرع.

فإن كان فى إبان الحرث، وفى وقت لو انقطع، وزال الماء، أمكنه أن يريد زراعتها، فلم ينكشف الماء حتى مضت أيام الزراعة، فلا كراء عليه؛ لأنه بمنزلة أن تغرق الأرض قبل الزراعة فيها، فالكراء لازم، قاله ابن القاسم وبعضه عن مالك.

مسألة: ولو غرقت الأرض بعد إبان الزراعة، فقد قال مالك: إن زرع، فجاءه برد، فأذهب زرعه، فإن الكراء عليه، وكذلك إن أصابه جراد أو جليد، وغرقت الأرض فى غير إبان الزراعة، فتلف الزرع.

قَالَ يحيى وسُئِلَ مَالِك عَنْ رَجُلٍ أَكْرَى مَزْرَعَتَهُ بِمِائَةِ صَاعٍ مِنْ تَمْرٍ أَوْ مِمَّا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنَ الْحِنْطَةِ أَوْ مِنْ غَيْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا، فَكَرِهَ ذَلِكَ[(١)].

الشرح: وهذا على ما تقدم أنه لا يجوز كراء الأرض بالحنطة؛ لأنها مما يخرج منها، وكذلك سائر المطعومات، ولا بأس أن تكرى الأرض بأرض أخرى خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: لا يجوز ذلك إلا أن تكون المنافع من جنسين.

والدليل على ما نقوله منهما منفعتان يجوز عقد إجارة على كل واحدة منهما، فجاز العقد على إحداهما بالأخرى كما لو كانا من جنسين.

* * *

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/٢٤٩.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب القراض

ما جاء فى القراض(1)

١٣٧٧ - مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: خَرَجَ عَبْدُ اللَّهِ وَعُبَيْدُ اللَّهِ ابْنَا عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فِى جَيْشٍ إِلَى الْعِرَاقِ، فَلَمَّا قَفَلا مَرَّا عَلَى أَبِى مُوسَى الأَشْعَرِىِّ، وَهُوَ أَمِيرُ الْبَصْرَةِ، فَرَحَّبَ بِهِمَا وَسَهَّلَ، ثُمَّ قَالَ: لَوْ أَقْدِرُ لَكُمَا عَلَى أَمْرٍ أَنْفَعُكُمَا بِهِ لَفَعَلْتُ، ثُمَّ قَالَ: بَلَى هَاهُنَا مَالٌ مِنْ مَالِ اللَّهِ، أُرِيدُ أَنْ أَبْعَثَ بِهِ إِلَى أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ، فَأُسْلِفُكُمَاهُ، فَتَبْتَاعَانِ بِهِ مَتَاعًا مِنْ مَتَاعِ الْعِرَاقِ، ثُمَّ تَبِيعَانِهِ بِالْمَدِينَةِ، فَتُؤَدِّيَانِ رَأْسَ الْمَالِ إِلَى أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ، وَيَكُونُ الرِّبْحُ لَكُمَا، فَقَالا: وَدِدْنَا ذَلِكَ، فَفَعَلَ وَكَتَبَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُمَا الْمَالَ، فَلَمَّا قَدِمَا بَاعَا فَأُرْبِحَا، فَلَمَّا دَفَعَا ذَلِكَ إِلَى عُمَرَ، قَالَ: أَكُلُّ الْجَيْشِ أَسْلَفَهُ مِثْلَ مَا أَسْلَفَكُمَا؟ قَالا: لا، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: ابْنَا أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ فَأَسْلَفَكُمَا، أَدِّيَا الْمَالَ وَرِبْحَهُ، فَأَمَّا عَبْدُ اللَّهِ فَسَكَتَ، وَأَمَّا عُبَيْدُ اللَّهِ، فَقَالَ: مَا يَنْبَغِى لَكَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ هَذَا لَوْ نَقَصَ هَذَا

---

(١) قال فى الاستذكار ١١٩/٢١: أما أهل العراق يسمونه القراضَ، وأهل العراق لا يقولون: قراضا البتة، وليس عندهم كتاب قراض، وإنما يقولون: مضاربة، وكتب مضاربة أخذوا ذلك من قوله تعالى: ﴿ وإذا ضربتم فى الأرض﴾، وقوله تعالى: ﴿وآخرون يضربون فى الأرض يبتغون من فضل الله﴾.

وفى قوله الصحابة بالمدينة لعمر فى قصته مع ابنتيه: «لو جعلته قراضا»، ولم يقولوا مضاربة دليل على أنها لغتهم، وأن ذلك هو المعروف عندهم. والقراض مأخوذ من الإجماع الذى لا خلاف فيه عند أحد من أهل العلم، وكان فى الجاهلية فأقره الرسول ﷺ فى الإسلام.

١٣٧٧ - أخرجه الشافعى فى مسنده ١٦٩/٢. الدراقطنى فى سننه ٣١٥/٢. ابن قدامة فى المغنى ٢٢/٥.

الْمَالُ أَوْ هَلَكَ لَضَمِنَّاهُ، فَقَالَ عُمَرُ: أَدِّيَاهُ، فَسَكَتَ عَبْدُ اللَّهِ، وَرَاجَعَهُ عُبَيْدُ اللَّهِ، فَقَالَ: رَجُلٌ مِنْ جُلَسَاءِ عُمَرَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ لَوْ جَعَلْتَهُ قِرَاضًا، فَقَالَ عُمَرُ: قَدْ جَعَلْتُهُ قِرَاضًا، فَأَخَذَ عُمَرُ رَأْسَ الْمَالِ، وَنِصْفَ رِبْحِهِ، وَأَخَذَ عَبْدُ اللَّهِ وَعُبَيْدُ اللَّهِ ابْنَا عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ نِصْفَ رِبْحِ الْمَالِ.

الشرح: قوله رضى الله عنه هاهنا: «**مال من مال الله، أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، فأسلفكماه**» لم يرد إحراز المال فى ذمتهما، وإنما أراد منفعتهما بالسلف، ومن مقتضاه ضمانهما المال، وإنما يجوز السلف لمجرد منفعته السلف؛ لأنه لمحض الرفق، فإذا قصد المسلف منفعة نفسه، دخل الفساد، فإذا أسلف رجل رجلاً مالاً ليدفعه بغير ذلك البلد، وقصد به منفعة المتسلف خاصة، فهو جائز لاختصاصه بمنفعة المتسلف.

فإن أراد رده إليه حيث لقيه ببلاد السلف أو غيره من البلاد التى يؤمر فيها أجبر المسلف على قبضه؛ لأن تأخير المسلف به إلى بلد آخر دفعه خاصة، فإذا أراد أن يعجله لزم المسلف قبضه كالأجل.

مسألة: فإن أراد المسلف منفعته بالسلف بأن يقصد إحراز ماله فى ذمة المتسلف إلى بلد القضاء كالسفاتج التى يستعملها أهل المشرق، فالمشهور من مذهب مالك أن ذلك غير جائز.

وروى أبو الفرج جواز السفاتج، ولعله أراد ما لم يقصد المسلف منفعة نفسه، والأظهر منعها إذا قصد المسلف المنفعة التى قدمنا ذكرها.

مسألة: وسواء كان المسلف صاحب المال أو غيره ممن له النظر عليه من إمام أو قاض أو وصى أو أب، فلا يجوز للإمام أن يسلف شيئًا من مال المسلمين ليحرزه فى ذمة المتسلف، وكذلك القاضى والوصى فى مال اليتيم، وقد نص على ذلك أصحابنا فى مسألة القاضى.

ووجه ذلك أن ما لا يجوز للإنسان فى مال نفسه من الارتفاق، فإنه يجوز له فى مال يلى عليه كالسلف بزيادة.

فرع: فإن وقع السلف لما ذكرناه فسخ فى الأجل والبلد، وأجبر المتسلف على تعجيل المال، وأجبر المسلف على قبضه، وبطل الأجل به ذلك كله كالبيع بأجل على وجه فاسد، فإنه يصح معجلاً.

فصل: إذا ثبت ذلك، فإن فعل أبى موسى الأشعرى هذا، ويحتمل وجهين، أحدهما: أن يكون فعل هذا على ما ذكرناه لمجرد منفعة عبدالله وعبيدالله، وجاز له ذلك، وإن لم يكن الإمام المفوض إليه؛ لأن المال كان بيده بمنزلة الوديعة لجماعة المسلمين، فاستسلفه، وأسلفهما إياه، وسيأتى بيان أحكام الوديعة فى الأقضية. ولو تلف المال، ولم يكن عند عبدالله وعبيدالله وفاء لضمنه أبو موسى.

والوجه الثانى: أن يكون لأبى موسى النظر فى المال بالتثمير والإصلاح، فإذا أسلفه لعمر بن الخطاب الذى هو الإمام المفوض إليه تعقب فعله، فتعقبه ورده إلى القراض.

فصل: وقول عمر: «**أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما؟ قالا: لا**» تعقب منه لأفعال أبى موسى، ونظر فى تصحيح أفعاله، وتبيين لموضع المحظور منه؛ لأنه لا يخفى على عمر أن أبا موسى لم يسلف كل واحد من الجيش مثل ذلك.

وإنما أراد أن يبين لابنيه موضع المحاباة فى موضع فعل أبى موسى، فلما قالا: «**لا**» أقرا بالمحاباة، فقال: «**ابنا أمير المؤمنين، فأسلفكما**» يريد أن تخصيصهما بالسلف دون غيرهما إنما كان لموضعهما من أمير المؤمنين، وهذا مما كان يتورع منه عمر أن يخص أحدًا من أهل بيته أو ممن ينتمى إليه بمنفعة من مال الله لمكانه منه.

وكان عمر رضى الله عنه يبالغ فى التوقى من هذا، ولذلك قسم لعبد الله بن عمر أقل مما قسم لغيره من المهاجرين الأولين، وكان يعطى حفصة ابنته مما يصلح إلى أزواج النبى ﷺ آخر من يعطى، فإن كان نقصان، ففى حصتها.

فصل: وقول عمر: «**أديا المال وربحه**» نقض لفعل أبى موسى وتغيير لسلفه برد ربح المال إلى المسلمين، وإجرائه مجرى أصله. قال عيسى بن دينار: وإنما كره تفضيل أبى موسى لولديه، ولم يكن يلزمهما ذلك، وعلى هذا قولنا إن أبا موسى استسلف المال وأسلفهما إياه لمجرد منفعتهما، وإن المال كان بيده على وجه الوديعة.

وأما إذا قلنا إنه بيده لوجه التثمير والإصلاح، فإن لعمر تعقب ذلك والتكلم فيه، والنظر فى ذلك لهما وللمسلمين بوجه الصواب، ولم يختلف أصحابنا فى المبضع معه المال يبتاع به لنفسه ويتسلفه أن صاحب المال مخير بين أن يأخذ ما ابتاع به لنفسه، أو يضمنه رأس المال؛ لأنه إنما دفع إليه المال على النيابة عنه فى عرضه، وابتياع ما أمره به وكان أحق بما اتباعه به، وهذا إذا ظفر بالأمر قبل بيع ما ابتاعه، فإن فات ما ابتاعه به، فإن ربحه لرب المال، وخسارته على المبضع معه.

فصل: وقوله: «**فأما عبدالله فسكت**» يريد أنه أمسك عن المراجعة برًا بأبيه، وانقيادًا له، واتباعًا لمراده. وأما عبيدالله فراجعه طلبًا لحقه، واحتج عليه بأن هذا مال قد ضمناه، ولو دخله نقص لجبرناه.

وقول عمر بعد ذلك: «**أديا المال وربحه**» إعراض عن حجته؛ لأن المبضع معه يضمن البضاعة إذا اشترى بها لنفسه، وإن دخلها نقص جبره، ومع ذلك فإن ربحها لرب المال.

فصل: وقول الرجل من جلساء عمر: «**يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضًا**» على وجه ما رآه من المصلحة فى ذلك، وإن كان عمر لم يسأله إلا أنه قد جرى على عادته، وما عرف من حال عمر واستشارته أهل العلم، وكذلك المفتى يجوز أن يبتدئ الحكم بالفتوى إذا علم من حاله استشارته، وجرت بذلك عادته، والقراض الذى أشار به أحد نوعى الشركة، يكون فيهما المال من أحد الشريكين، والعمل من الثانى، والنوع الثانى من الشركة أن يتساويا فى المال والعمل، وسيأتى ذكرها إن شاء الله.

مسألة: وأما القراض، فهو جائز لا خلاف فى جوازه فى الجملة، وإن اختلف العلماء فى صحة أنواعه.

ووجه صحته من جهة المعنى أن كل مال يزكو بالعمل لا يجوز استئجاره للمنفعة منه، فإنه يجوز المعاملة عليه ببعض النماء الخارج منه.

وذلك أن الدنانير والدراهم لا تزكو إلا بالعمل، وليس كل أحد يستطيع التجارة، نويقدر على تنمية ماله، ولا يجوز له إجارتها ممن ينميها، فلولا المضاربة لبطلت منفعتها، فلذلك أبيحت المعاملة بها على وجه القراض؛ لأنه لا يتوصل من مثل هذا النوع من المال إلى الانتفاع به فى التنمية إلا على هذا الوجه، والله أعلم.

فصل: وقول عمر رضى الله عنه: «**قد جعلته قراضًا**» على سبيل التصويب لما رآه هذا المشير والأخذ بقوله، وقوله الأول لم يكن حكمًا، وإنما كان إظهارًا لما يريد أن يحكم به، ويراه فى هذه القضية، ولو كان على وجه الحكم منه، فقد اختلف أصحاب مالك فيه.

فصل: وإنما جوز عمر ذلك؛ لأن عبدالله وعبيدالله عملا فى المال بوجه شبهة، وعلى وجه يعتقد أن فيه الصحة دون أن يبطلا فيه مقصودًا لمن يملكه، فلم يجز أن يبطل عليهما عملهما، فردهما إلى قراض مثلهما، وكان قراض مثلهما النصف، فأخذ عمر النصف من الربح وعبدالله وعبيدالله النصف الثانى، وبالله التوفيق.

١٣٧٨ - مَالِك عَنِ الْعَلاءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ أَعْطَاهُ مَالا قِرَاضًا يَعْمَلُ فِيهِ عَلَى أَنَّ الرِّبْحَ بَيْنَهُمَا.

الشرح: «**أن عثمان بن عفان أعطى جد العلاء بن عبدالرحمن مالاً قراضًا**» لفظة الإعطاء تقتضى تسليمه إليه وائتمانه عليه، وهذه سنة القراض، ولو شرطا بقاء المال بيد صاحبه، وإذا اشترى العامل سلعة وزن، وإذا باع قبض الثمن لم يجز ذلك.

ووجه ذلك أن هذا معنى قد أخرجهما عن صورة القراض ومعناه، فمنع ذلك صحته؛ لأن صورة القراض أن يكون المال بيد العامل، ومعناه أن يكون مؤتمنًا على المال، فما أخرج القراض عن ذلك وجب أن يمنع صحته؛ لأن ذلك يخرجه عن أن يكون قراضًا، ويجعله إجارة مجهولة العوض.

مسألة: فإن عمل معه بغير شرط، فهو ممنوع فى الكثير دون اليسير؛ لأن الكثير مقصود فى نفسه، ومن أجله أنفق فى القراض على ما أنفق فيه، فلذلك أثر فى المعاملة. وأما اليسير فيما لا يستبد منه الحاضر مثل أن يعينه فى شراء سلعة أو ينوب عنه فى قبض دراهم يسيرة مما يفعله الإنسان لصديقه، أو يعين به من يعرفه من غير عوض، فكان الأظهر أن القراض لم ينعقد على ما انعقد عليه لأجله.

فرع: فإن وقع ذلك، قال محمد: لا يفسخ القراض لكثيره دون شرط.

ووجه ذلك أن عقد القراض قد سلم من شرط، وليست التهمة فيه بقوية؛ لأنه مما لا يكاد يفعل.

مسألة: وإن تشارك العامل ورب المال بمال آخر، جعله من مال القراض، فإن ذلك لا يخلو أن يكون شرط فى عقد القراض أو لا، فإن كان شرط فى القراض، فإن ذلك غير جائز خلافًا للشافعى.

والدليل على ما نقوله أن هذين عقدان مقتضى أحدهما غير مقتضى الآخر، فلم يجز الجمع بينهما فى عقد واحد كالصرف والسلم.

مسألة: فإن تشاركا بعد عقد القراض، فلا يخلو أن يكون قبل العمل أو بعده.

وقد قال أصحابنا فى الاشتراك بعد العمل أقوال مختلفة لم يبينوا، هل ذلك قبل

١٣٧٨ - أخرجه الشافعى فى الأم ١٠٨/٧. البيهقى فى معرفة السنن والآثار ١٢٠٦٨. وفى السنن الكبرى ١١١/٦.

العمل أو بعده؟ فروى ابن المواز عن مالك أنه كان يخففه. وروى عيسى عن ابن القاسم أنه قال: إن صح من غير موعد ولا وأى، فهو جائز.

وفى العتبية عن أصبغ قال: لا خير فيه. وعن سحنون أنه قال: هو الربا بعينه، وذلك يحتمل وجهين أحدهما أن ذلك اختلاف فى أقوالهم، فأجازه مالك وابن القاسم، ومنعه أصبغ وسحنون.

وجه قول مالك أنه قد سلم عقد القراض من الفساد، وذلك أن يعقداه على ما يوجب تصرف رب المال يتصرف فيه، وذلك غير صحيح كما لو عملا عليه، وهذا مبنى على أن العامل إذا عمل من غير شرط فى عقد القراض لعقد صار عملاً كثيرًا، بطل ذلك القراض.

والوجه الثانى أنه يجوز فى وقت دون وقت، فلا يجوز قبل العمل، ويجوز بعده؛ لأنه قبل أن يعمل رأس المال على ما كان عليه، فهو بمنزلة أن يعقد القراض على ذلك؛ لأن هذه حالة لكل واحد منهما ترك القراض فيها، إذا استدركا فى هذه الحالة شرطًا ينافى القراض، فكأنما شرطاه فى عقد القراض.

وأما إذا عمل العامل بالقراض، ولزمهما أمره، ولم يكن لأحدهما إبطاله، فما التزم من ذلك، فليس بمنزلة ما شرط من العقد، وإنما يجوز ذلك إذا عاد مال القراض إلى غير الصفة التى أخذه العامل عليها، وذلك مثل أن يكون مال القراض دنانير، فيصير دراهم فيشتركان بالدراهم.

مسألة: وأما معونة الغلام، فإن كان شرط العامل خدمته فى المال الكثير الذى يحتاج إلى المعونة فيه، فاختلف فيه قول مالك فى كتاب محمد، وهو إجازته أن هذا مال تجوز المعاملة عليه ببعض نمائه الخارج منه، فجاز أن يشترط فيه خدمة العبد الواحد، إذا كان كثيرًا كالمساقاة.

ووجه الرواية الثانية أن المساقاة تختص بالخدمة، وذلك لا يجوز أن يخرج من الحائط من كان يعمل فيه من الخدام، فلذلك جاز أن يشترط فيه الخادم. وأما القراض، فلا يجوز أن يشترط الخادم.

فرع: فإذا قلنا إن ذلك جائز، فالفرق بينه وبين رب المال أن العامل إذا عمل فى ما له نظر فيه بالحفظ له، وذلك غير جائز كما لو جعل غلامه أو وكيله معه ليحفظ عليه، فإن ذلك غير جائز، وإنما يجوز إذا كان بجرد الخدمة والمعونة ولو أعانه بغلامه من غير شرط، فلا بأس بذلك على القولين، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**على أن الربح بينهما**» يحتمل وجهين أحدهما: أن يكون الربح بينهما على أجزاء اتفقا عليها عند عقد القراض، وليس فى ذلك حد كالمساقاة.

مسألة: ويجوز أن يكون جميع الربح للعامل أو لرب المال بالشرط، وهذا هو المشهور من مذهب مالك. وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجوز ذلك، ويكون القراض فاسدًا، إلا أن أبا حنيفة يقول: إذا شرط الربح للعامل، صار قراضًا، وإذا شرطاه لرب المال، صار بضاعة.

فصل: والوجه الثانى أن يقول: الربح بينهما، ولا يذكر مقدارًا، أو يقول: اعمل فى هذا المال، على أن ذلك فى الربح شركًا أو شركة، ذلك كله جائز. وقال محمد بن الحسن: إذا قال: على أن لك شركة فى الربح، فهو جائز، وإذا قال على أن لك شركًا، فهو قراض فاسد.

فرع: فإذا قلنا بجواز ذلك، فقد قال ابن القاسم: إن عمل على ذلك، فهو على قراض مثله. وقال غيره: له النصف.

وجه القول الأول أن الشركة لما احتملت النصف وغيره، كانت بمنزلة إن لم يذكرا شيئًا بينهما، وعمل العامل من غير شرط، فله قراض المثل.

وجه القول الثانى أن إطلاق لفظ الشركة يقتضى تساوى الشريكين، ولا يعدل عن ذلك إلا ببيان، فيحتمل عند الإطلاق على ظاهره كما لو أقر رجلان أنهما شريكان فى هذا المال، ثم ادعى أحدهما مزية.

* * *

ما يجوز فى القراض

[قال](*) **مالك:** وَجْهُ الْقِرَاضِ الْمَعْرُوفِ الْجَائِزِ، أَنْ يَأْخُذَ الرَّجُلُ الْمَالَ مِنْ صَاحِبِهِ عَلَى أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ، وَلا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَنَفَقَةُ الْعَامِلِ فِي الْمَالِ فِى سَفَرِهِ مِنْ طَعَامِهِ وَكِسْوَتِهِ، وَمَا يُصْلِحُهُ بِالْمَعْرُوفِ بِقَدْرِ الْمَالِ إِذَا شَخَصَ فِي الْمَالِ إِذَا كَانَ الْمَالُ يَحْمِلُ ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ مُقِيمًا فِي أَهْلِهِ، فَلا نَفَقَةَ لَهُ مِنَ الْمَالِ وَلا كِسْوَةَ(١).

(*) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل وما أوردناه من الموطأ.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٦١، وقال: قوله فى وجه القراض الجائز-

الشرح: وهذا كما قال أن من سنة القراض ما قدمناه من أن العامل يأخذ المال القراض، ويعمل فيه ولا يكون عليه الضمان، وإنما هو من ضمان رب المال، ولا خلاف فى ذلك، فإن شرط الضمان على العامل، فالعقد فاسد، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: العقد صحيح.

والدليل على ما نقوله أن هذا نقل الضمان عن محله بإجماع، فاقتضى ذلك فساد العقد والشرط.

أصل ذلك إذا باع منه شيئًا على البائع ضمانه أبدًا، ولذلك لو شرط عليه حميلاً أو رهنًا أو يمينًا، رواه ابن المواز عن ابن وهب، قال: ويرد إلى قراض مثله، وباقى الفصل سيرد بيانه بعد هذا، إن شاء الله.

[قَالَ](*) مَالِك: وَلا بَأْسَ بِأَنْ يُعِينَ الْمُتَقَارِضَانِ كُـلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَاحِبَهُ عَلَى وَجْهِ الْمَعْرُوفِ إِذَا صَحَّ ذَلِكَ مِنْهُمَا(١).

الشرح: وهذا كما قال، فإنه لا بأس بأن يعين العامل رب المال فيما ينفرد به، إذا كانت معونته على وجه المعروف المحض، ولم يكن لأن المال بيده، وهذا إذا كانت المعونة يسيرة مع كون المال الذى يقرضه بيد صاحبه. فأما أن يبضع معه، فقد قال مالك: يجوز القليل منه دون الكثير، وكره ابن القاسم ما قل منه لشرط.

وجه ما قاله مالك أن اليسير غير مقصود، فلا تهمة فيه بخلاف الكثير الذى ينعقد العقد سببه، ويكون زيادة مقصودة فيه.

ووجه ما قاله ابن القاسم أن ذكره واشتراطه فى العقد، ازدياد فى القراض على العامل، وذلك يقتضى كونه مقصودًا فيه.

فرع: فإذا قلنا برواية مالك، فإذا كان ذلك مما لا يتحمل مال القراض

=المعروف أن يأخذ الرجل من الرجال المال على أن يعمل فيه، ولا ضمان عليه. ولا خلاف بين العلماء أن المقارض مؤتمن، لا ضمان عليه فيما يتلفه من المال من غير جناية منه فيه ولا استهلاك له، ولا تضييع، هذه سبيل الأمانة، وسبيل الأمناء. وكذلك أجمعوا أن القراض لا يكون إلا على جزء معلوم من الربح نصفا كان، أو أقل، أو أكثر.

(*) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل، وما أوردناه من الموطأ.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٢٨/٢١، وقال: هذا إذا كان على غير شرط فى عقد القراض، فإن اشترطه فسد عند جميعهم، والعمل الخفيف بغير شرط.

لكثرته، فيحتمل ذلك العامل ومال القراض ناض، فقد قال مالك: لا يجوز ذلك.

ووجهه أنه لما كان لكل واحد منهما حل العقد، كان ذلك بمنزلة حال العقد، وكل شيء يمنع صحة العقد حال العقد، فإنه يمنع صحة العقد ما كان رأس المال باقيًا على صفته.

وإن كان رأس المال قد شغله العامل فى تجارة، قال مالك: فإنه لا يجوز. ووجهه أن هذا وقت ليس لرب المال انتزاعه من العامل، فتبعد التهمة فيه، ويحمل على أن العامل متبرع به، والله أعلم.

مسألة: وأما معونة رب المال للعامل، فقد تقدم الكلام فيه إذا كان المال بيد العامل بأن أراد العامل أن يبضع معه شيئًا من مال القراض.

قَالَ مَالِكٌ: وَلا بَأْسَ بِأَنْ يَشْتَرِيَ رَبُّ الْمَالِ مِمَّنْ قَارَضَهُ بَعْضَ مَا يَشْتَرِي مِنَ السِّلَعِ إِذَا كَانَ ذَلِكَ صَحِيحًا عَلَى غَيْرِ شَرْطٍ(١).

الشرح: وهذا كما قال أنه لا بأس أن يشترى رب المال من العامل بعض ما ابتاعه من السلع إذا كان ذلك على وجه الصحة، ما لم يكن على وجه الهدية لإبقاء المال بيده أو ليتوصل بذلك إلى أخذ شيء من الربح قبل المقاسمة، وسواء اشترى منه بنقد أو إلى أجل، رواه عيسى عن ابن القاسم، وذلك إذا كان اشترى منه بنقد أخرجه من عنده.

ووجه ذلك أنه اشتراها منه بما يتبايع به الناس، فقد سلما من التهمة، ووجوه الفساد، فجاز ذلك بينهما.

مسألة: فإن اشتراها ليأخذها من القراض، ففى كتاب محمد عن ابن القاسم: لا خير فيه.

مسألة: وإن اشترى العامل من رب المال سلعًا، فلا يجوز أن يبتاعها بمال القراض أو لنفسه، فإن ابتاعها منه للقراض بمال القراض، ففى كتاب محمد: اختلف فيه قول

---

(١) قال فى الاستذكار ٢١/١٢٩: اختلفوا فى ذلك أيضًا: فقال مالك فى المضارب من رب المال: لا يعجبنى؛ لأنها إن صحت من هذين أخاف ألا تصح من غيرهما ممن يقارض. وقال أبو حنيفة: ذلك جائز. وقال الشافعى: إذا كان مما يتغابن الناس فيه، فلا بأس به، والبيع منه كالشراء عندهم سواء.

مالك، فروى عنه عبد الرحيم أنه خففه إن صح، وروى عنه ابن القاسم كراهيته، وكذلك الصرف.

وجه الرواية الأولى أنه إذا صح البيع منهما جاز كما لو باع العامل من رب المال.

ووجه رواية ابن القاسم ما يحذر من تغابن العامل له وزيادته فى ثمن سلعته فيتوصل بذلك إلى أخذ منفعة من مال القراض قبل القسمة، وربما أثر ذلك فى مال القراض نقصًا يحتاج العامل إلى جبره بعمله، وإن ابتاع العامل لنفسه، فهو جائز، قاله ابن القاسم.

ووجه ذلك أن التبايع لم يقع فى مال التجارة، فلم يؤثر فى ذلك فسادًا فى عقدها كمبايعة الأجنبى.

مسألة: فإن ابتاع العامل من رب المال بعض سلع القراض، فلا يخلو أن يكون ذلك مع استدامة القراض أو مع التفاضل فيه، فإن كان مع استدامته، فإنه يجوز نقدًا، ولا يجوز إلى أجل، خلافًا لليث ويحيى بن سعيد فى تجويزهما ذلك إلى أجل.

والدليل على صحة ما قلناه أن القراض مبنى على التساوى ومباعدة الازدياد من العامل، فإذا باع منه سلعا بثمن إلى أجل، فالظاهر أنه إنما اشترها بزيادة على القسمة، فيزداد منه لقراض تلك الزيادة، وتكون أيضًا مضمونة عليه، وذلك خلاف ما بنى عليه القراض.

مسألة: وإن كان عند التفاضل، فيجوز بالنقد. وأما بالتأخير، ففى العتبية عن مالك أنه قال: لا خير فيه، وكأنه نحا به ناحية الربا. وروى عيسى عن ابن القاسم أن ابتياعه منه بنقد أو بمثل فأقل إلى أجل، فهو جائز، ولا يجوز إلى أجل بأكثر من رأس المال. وقال ابن حبيب فى واضحته: سمعت أصحاب مالك يقولون: لا بأس به، وعمدته ابن القاسم.

وجه قول مالك أن ما بقى من المال عند العامل هو الذى وجب لرب المال من مال القراض، فلا يجوز أن يؤخره عنده لزيادة يزدادها منه؛ لأن ذلك مما يشابه الربا؛ لأن الذى له عنده عين، فيتركه عنده ليزيده فيه.

ووجه آخر، أن على العامل بيع ذلك العرض، وتحصيل ثمنه، فإذا باعه منه بثمن إلى أجل قويت التهمة فى أنه يعطيه الثمن المؤجل، فيما بقى بيده من رأس مال القراض وفى عمله، ويضمن مع ذلك ما لم يأخذه على الضمان.

ووجه رواية عيسى أنه إذا باعه بمثل رأس المال فأقل، ضعفت التهمة نوإذا كان بأكثر من رأس المال قويت التهمة.

ووجه رواية ابن حبيب عن أصحاب مالك أنه إنما يبيع منه ذلك عند التفاضل بعد أن يرضى بأخذه رب المال، فإذا جاز بيعه بالنقد، جاز بيعه بأجل؛ لأن كل تهمة توجد فيه مع التأجيل، توجد مع النقد، فإذا لم يمنع ذلك بيعها بالنقد، لم يمنع بيعها بالتأجيل.

قَالَ مَالِك فِي رَجُل دَفَع فِيمَنْ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ وَإِلَى غُلام لَهُ مَالا قِرَاضًا يَعْمَلانِ فِيهِ جَمِيعًا: إِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ لا بَأْسَ بِهِ، لأَنَّ الرِّبْحَ مَالٌ لِغُلامِهِ لا يَكُونُ الرِّبْحُ لِلسَّيِّدِ حَتَّى يَنْتَزِعَهُ مِنْهُ، وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ غَيْرِهِ مِنْ كَسْبِهِ[1].

الشرح: وهذا كما قال أنه إذا دفع إلى عبده مال القراض، ورجل آخر ليكون الربح بينهما، فإنه جائز، وهما بمنزلة الأجنبيين فى ذلك.

والعبد يكون مع العامل على ثلاثة أوجه، أحدها أن يكون عاملاً معه، والربح بينهما. والثاني: يكون خادمًا للمال، ولا شيء له من الربح. والثالث: أن يكون أمينًا عليه، وحافظًا له.

فإن كان عاملاً فيه والربح بينهما، وهما تاجران أمينان، فهو جائز، خلافًا لأبى ثور فى منعه ذلك.

والدليل عليه أنه شريك له فى حفظ المال وربحه، والعمل فيه، فلم يمنع ذلك صحة القراض كالأجنبى.

مسألة: ومن شرط صحة مقارضة الاثنين أن يتساوى حظهما من الربح، فإن اختلف ذلك، فكان لأحدهما الثلث، والآخر السدس، ولصاحب المال النصف، لم يجز، خلافًا لأبى حنيفة والشافعى فى تجويزهما ذلك.

---

(١) قال فى الاستذكار ٢١/١٢٩: هذه أيضا اختلف فيها، فقال مالك فى الموطأ ما ذكرنا، وروى عنه ابن القاسم وغيره ذلك المعنى.

وقال الشافعى، وأبو حنيفة، وأصحابهما: إذا شرط للعامل ثلث الربح ولرب المال ثلث الربح، ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل العبد معه كان ذلك جائزًا، فكان لرب المال الثلثان، وللعامل الثلث. قال أبو عمر: هذا على أصلهما فى العبد لا يملك شيئًا. وقول مالك على أصله فى أن العبد يصح ملكه؛ لما بيده من المال ما لم ينتزعه منه سيده. وقال الليث: لا بأس أن يشترط رب المال عمل عبده مع العامل فى المال، ولا يجوز له أن يشترط عمل عبد المضارب شهرا أو أقل، أو أكثر كان له أجر مثله، والقراض على حاله. انتهى.

والدليل على ما نقوله ما احتج به ابن القاسم بأنهما شريكان بأبدانهما، فلا يجوز تفاضلهما فيما يعود نفعه عليهما كالشركة المختصة بالأبدان.

فرع: وسواء كان أحد العاملين أبصر من الآخر أو مثله، وكذلك إن كان العامل الأجنبى أبصر من غلامه؛ لأنه ليس من شرط الشريكين فى التجارة تساويهما فى البصر بالعمل الذى اشتركا فيه كالمعلمين والطبيبين.

مسألة: وأما إن كان العبد لخدمة المال، فهو جائز إذا كان المال كثيرًا يحتاج إلى من يخدمه ويعينه. وأما إن كان معه من يحفظ المال منه، فذلك غير جائز، وقد تقدم ذكره.

فصل: وقوله: «**لأن الربح لغلامه، لا يكون الربح للسيد حتى ينتزعه منه**» يريد أن ما أبرزته للغلام القسمة من الربح، فهو ملك له، ولا يملكه السيد بعد القسمة إلا بالانتزاع.

ولو كانت حصته من الربح للسيد لم يؤثر ذلك فسادًا فى القرض من جهة الجهل بالحصة؛ لأنه لو دفع رجل مالاً قراضًا إلى العامل على أى جزء اتفقا عليه، جاز ذلك، فلا يبطل القراض بإضافة حصة أحد العاملين إلى حصة رب المال. وإنما كان يبطل إذا كان العامل نائبًا عن رب المال، فما كان من ربح له، وما كان من عمل، فإنه ينوب عنه.

وإذا قلنا إن العبد يملك حصته من الربح حتى ينتزعها منه السيد، فإنما ينوب عن نفسه وعمله له، وهو وغيره من العاملين يملكون حصتهم من الربح بالقسمة، وكذلك فى المساقاة، وهذا المشهور من مذهب مالك، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: يملك بالظهور. وقد روى ابن القاسم عن مالك مسائل تقتضى ذلك.

وجه القول الأول إن كان ممن يستحق العمل بالعوض، فإنه لا يملكه إلا بعد الفراغ من العمل والتسليم، يدل على ذلك أنه إذا قال له: إن خطت هذا الثوب، فلك دينار، فإننا قد أجمعنا على أنه لا يستحق الدينار إلا بعد الفراغ والتسليم كذلك فى مسألتنا مثله.

ووجه القول الثانى أن هذا أحد الشريكين، فوجب أن يملك الربح بظهوره كصاحب المال.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن وجوب الزكاة فى ربح مال القراض مبنى على ذلك، فإن

قلنا إن العامل يملك حصته بالقسمة، فإن وجوب الزكاة فيه معتبر بحال رب المـال، فـإن كان عبدًا أو كافرًا، فلا زكاة فيه. وإن قلنا إنه يملك بظهـوره اعتبرنـا حالـه فـى الزكـاة بحال العامل، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «**وهو بمنزلـة غـير ذلـك مـن كسـبه**» يريـد أنـه فـى ملـك العبـد دون السيد، وإنما ينتقل إلى السيد بالانتزاع، وهـو مذهـب مـالك فـى أن العبـد يملـك خلافـا للشافعى فى قوله: لا يملك العبد.

والدليل على ما نقوله أن من جاز له أن يطأ بملك اليمين، صح منه الملك كالحرث.

* * *

ما لا يجوز فى القراض

قال يحيى: قَالَ مَـالِك: إِذَا كَـانَ لِرَجُـلٍ عَلَى رَجُـلٍ دَيْـنٌ، فَسَـأَلَهُ أَنْ يُقِـرَّهُ عِنْـدَهُ قِرَاضًا، إِنَّ ذَلِكَ يُكْرَهُ حَتَّى يَقْبِضَ مَالَهُ، ثُمَّ يُقَارِضُـهُ بَعْـدُ أَوْ يُمْسِـكُ، وَإِنَّمَـا ذَلِـكَ مَخَافَةَ أَنْ يَكُونَ أَعْسَرَ بِمَالِهِ، فَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يُؤَخِّرَ ذَلِكَ عَلَى أَنْ يَزِيدَهُ فِيهِ(١).

الشرح: وهذا كما قـال أنـه لا يجوز أن يقر الديـن بيـد مـن هـو عليه على وجـه القراض، ويدخله ما قال من الزيادة للتأخير به، لأنه قد يرضى بـالجزء اليسـير مـن أجـل بقاء الدين عنده، فيفتضح بإحضاره، ولولا ذلك لما رضى بمثله.

مسألة: والقراض بالدين علـى وجهـين، أحدهمـا: أنـه لا يحضـر المـال. والثـانى: أن يحضره، فإن لم يحضره، فقد حكى ابن المواز عن مـالك: ليـس لـه إلا رأس مالـه، وقالـه ابن القاسم فى العتبية.

وجه ذلك أن عقد القراض أدخل الفساد على ما كان يجوز لـه مـن تـأخيره بـالدين، فوجب أن يبطل القراض، وأن يبقى الدين على حسب ما كان.

مسألة: وإن كان أحضر المال، فجعله قراضًا قبل أن يقبضه رب المال، فالمشـهور مـن المذهب أنه غير جائز، وبه قال الشافعى. وقال القاضى أبو محمـد: فيمـن غصـب دنـانير أو دراهم، ثم ردها، فقال: المغصوب منه: لا أقبضها، ولكن اعمل بها قراضًا، أن ذلـك جائز.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٦٢.

ويحتمل أن يكون الفرق بينهما أن يكون المغصوب أحضر المال تبرعًا، فذلك جوزه، وأن الذى عليه الدين اتفق معه على إحضار الدين ليرده إليه على وجه القراض، ولو جاء بدينه متبرعًا قاضيًا له، فتركه عنده قراضًا أقام إحضاره مقام قبضه بعد المعرفة بجودته ووزنه.

والدليل على صحة ما ذكرناه من قول أصحابنا فى المنع من ذلك أنه ما لم يقبض منه بالانتقاد والوزن، فهو فى ذمته، فلم يجز القراض به كالذى لم يحضره.

فرع: فإن نزل، فروى ابن القاسم عن مالك: أنه ليس لرب المال إلا رأس ماله، وهو فى العتبية من رواية سحنون عن ابن القاسم. وروى أشهب فى غير العتبية: إن نزل، مضى.

وجه الرواية الأولى ما تقدم من أنه دين ثابت فى الذمة، قورض به، فلم يكن لرب المال غير رأس ماله مضمونًا كالذى لم يحضره.

ووجه قول أشهب أن هذا مال قد حضرت عينه وعلمت براءة من كان عليه منه، فإذا رده إليه قراضًا، فقد أذن له فى قبضه من نفسه، فكان ذلك بمنزلة المقبوض منه.

مسألة: وأما الوديعة، فاختلف أصحابنا، فكره ابن القاسم المقارضة بها حتى تحضر. وقال ابن المواز: لا بأس به. وكرهه ابن حبيب من غير الثقة، ولم يكرهه إذا كان المودع ثقة.

وجه قول ابن القاسم أنه لما كان يمكن المودع التصرف فيه على وجه الاقتراض كانت بمنزلة الدين فى منع المقارضة بها، ولذلك جوزه ابن حبيب فى العدل الثقة؛ لأنه يؤثق بقوله: هى عندى، لم أتصرف فيها.

ووجه قول ابن المواز أن يد المودع يدرب المال؛ لأنه حافظ له، فصح أن يقبضها من نفسه قراضًا كما يصح أن يقبضها من رب المال بذلك الوجه.

فرع: فإن نزل القراض بالوديعة، مضى، والربح بينهما، ويصدق المودع فى ضياعه، رواه ابن القاسم عن مالك فى العتبية.

ووجه ذلك أنها لم تتعلق بالذمة، وإنما كانت وديعة لصاحبها بيد المودع النائبة عن يده، ولو أحضرها لارتفعت الكراهية فيها، ولم يختلف فى جوازها لبقاء عينها، وكذلك المرتهن لنفسه أو لغيره.

قَالَ مَالِك فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالا قِرَاضًا، فَهَلَكَ بَعْضُهُ قَبْلَ أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ، ثُمَّ عَمِلَ فِيهِ فَرَبِحَ، فَأَرَادَ أَنْ يَجْعَلَ رَأْسَ الْمَالِ بَقِيَّةَ الْمَالِ بَعْدَ الَّذِى هَلَكَ مِنْهُ قَبْلَ أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ.

قَالَ مَالِك: لا يُقْبَلُ قَوْلُهُ، وَيُجْبَرُ رَأْسُ الْمَالِ مِنْ رِبْحِهِ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ مَا بَقِيَ بَعْدَ رَأْسِ الْمَالِ عَلَى شَرْطِهِمَا مِنَ الْقِرَاضِ[(١)].

الشرح: وهذا على ما قال أن هلاك بعض المال قبل أن يعمل به لا يغير حكم رأس المال، بل هو على ما عقدا عليه، وقبض العامل من المال؛ لأن القراض على ذلك انعقد بينهما، فمتى ربح بعد ذلك جبر ما نقص من المال بالربح.

فإن فضلت بعد ذلك الجبر فضلة، فذلك جميع الربح، ولو اتفقا بعد النقص على إسقاط ما هلك من رأس المال، واستئناف القراض بما بقى منه، فقد اختلف أصحابنا فى ذلك، فالذى رواه ابن القاسم عن مالك: لا يصح ذلك إلا بعد أن يقبض رب المال بقية ماله قبضًا صحيحًا، ثم يدفعه بعد ذلك إليه قراضًا مستأنفًا.

وروى ابن حبيب عن مالك وابن الماجشون أنهما إذا تحاسبا، فأقرا ما بقى بعد الخسارة رأس مال القراض، فإن ذلك يكون تقاضيًا صحيحًا، وما عقداه من القراض عقدًا مستأنفًا أحضر المال أو لم يحضره. وأما إن كان على وجه الإجبار، لا على وجه المفاضلة، فإن حكم القراض الأول باق.

ووجه رواية ابن القاسم أن التفاضل فى القراض، إنما يكون بأن يقبض رب المال ماله، وما لم يوجد ذلك، فإن ذلك لا يصلح؛ لأنه إنما قصد إلى أن يزيد العامل فى حظه من الربح ما يقتضيه عند القراض من جبر ما تقدم من الخسارة، وذلك غير صحيح، ولا جائز.

ووجه رواية ابن حبيب أن المفاضلة تقع فى ذلك بالقول دون القبض كسائر العقود؛ لأن العقود اللازمة تفسخ بالقول، فبأن تفسخ به الجائزة أولى وأحرى.

قَالَ مَالِك: لا يَصْلُحُ الْقِرَاضُ إِلا فِي الْعَيْنِ مِنَ الذَّهَبِ أَوِ الْوَرِقِ، وَلا يَكُونُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْعُرُوضِ وَالسِّلَعِ[(١)].

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٣٤/٢١.

(١) قال فى الاستذكار ١٣٦/٢١: اختلف الفقهاء فى صفة المال الذى يجوز به القراض، فقال=

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يجوز القراض بغير الدنانير والدراهم؛ لأنها أصول الأثمان، وقيم المتلفات، ولا يدخل أسواقها تغيير، فلذلك يصح القراض بها، فأما ما يدخله تغير الأسواق من العروض، فلا يجوز القراض به.

ووجه ذلك أنه قد يأخذ العامل العرض قرضًا، وقيمته مائة دينار، فيتجر فى المال، فيربح مائة، فيرده وقيمته مائتان، فيصير الربح كله لرب المال، ولا يحصل للعامل شىء، وقد لا يربح فيرده، وقيمته خمسون، فيبقى بيده من رأس المال خمسون، فيأخذ نصفها، وهو لم يربح شيئًا.

مسألة: فأما القراض بالفلوس، فقد قال ابن القاسم: لا يجوز ذلك. وروى عن أشهب فى الأمهات أنه أجاز القراض بها.

وجه القول الأول أن الفلوس ليست بأصل فى الأثمان، ولذلك تجرى مجرى العين فى تحريم التفاضل وبيعها بالعين نسًا، فلم يجز القراض بها كالعروض.

ووجه القول الثانى أنه لا يتعين بالعقد، فصح القراض بها كالدنانير والدراهم.

فرع: فإذا قلنا برواية المنع، فإن وقع ذلك، فقد قال ابن المواز: له القراض بالنفار أخف، والفلوس كالعروضن، وهذا مقتضى فساد القراض، ويكون له فى بيع الفلوس أجرة المثل، وفيما نض من ثمنها قراض المثل. وقال أصبغ: هى كالنقار. وقال ابن حبيب نحوه، وترد فلوسًا مثلها.

وجه قول ابن المواز أن الفلوس لا يحرم فيها التفاضل، فإذا وقع القراض بها وجب فسخه كالعروض.

=مالك فى الموطأ ما ذكرناه. وزاد فى غيره: ولا بالفلوس. وقول مالك فى ذلك كله كقول الليث، والثورى، والشافعى، وأبى حنيفة.

وقال ابن أبى ليلى: يجوز القراض بالعروض. وقال: إذا دفع إليه ثوبا على أن يبيعه، فما كان من ربح، فبينهما نصفين، أو أعطاه دارا بينهما، ويؤاجرها على أن أجرها بينهما نصفين جاز، والأجر، والربح بينهما نصفين. قال: وهذا بمنزلة الأرض المزارعة. وقال محمد بن الحسن: يجوز القراض بالفلوس، كالنفقة بالدنانير، والدراهم.

قال أبو عمر: القراض بالمجهول لا يجوز عند جميعهم، وكذلك لا يجوز عندهم أن يؤخذ الربح إلا بعد حصور رأس المال، فلما كانت العروض تختلف قيامها، وأثمانها عاد القراض إلى جهل رأس المال، وإلى جهل الربح أيضًا، ففسد القراض على ذلك. ولا يجوز عند جميعهم أن يقول: بع عندك الذى لك أن تبيعه به ثمنا لسعى هذه، لأن ذلك مجهول، وجائز عندهم أن يقول: اشتر لى بدراهمك هذه عبدا بعينه، فكذلك جاز القراض بالعين، ولم يجز بالعروض، والله أعلم.

ووجه قول ابن حبيب أن هذا ثمن يتعامل به، فلا يفسخ القراض إذا وقع به كالدنانير والدراهم.

مسألة: وأما نقار الذهب والفضة، فروى ابن القاسم عن مالك المنع من القراض بها. وروى عنه أشهب إجازة ذلك. وروى يحيى بن يحيى منع ذلك فى بلد يتعامل فيه بالدنانير والدراهم، وأما فى بلد يتعامل فيه بالتمر، فلا بأس به.

وجه رواية ابن القاسم أنها تتعين بالعقد، فكان القراض بها ممنوعًا كالعروض.

ووجه رواية أشهب أنها عين تجب فيها الزكاة، فصح القراض فيها كالدنانير والدراهم.

فرع: فإذا قلنا برواية المنع، ووقع ذلك، فإن يحيى روى عن ابن القاسم أنه يضمنه ولا يفسخه. وقال القاضى أبو محمد: وجه ذلك عندى على الكراهية، وذلك عندى يحتاج أيضًا إلى توجيه. ووجهه أن قيمته لا تتفاوت، ولا يدخلها من حوالة الأسواق إلا ما يقرب مما يدخل الدنانير والدراهم، فلذلك لم يفسخ.

مسألة: وأما الحلى المصوغ من الذهب والفضة، فلا يجوز القراض به، ورواه أشهب عن مالك، وذلك أن الصياغة قد غيرت حكمه، وألحقته بالعروض.

مسألة: وأما المغشوش من الذهب والفضة، فحكى القاضى أبو محمد أنه لا يجوز القراض به، مضروبًا كان أو غير مضروب، وبه قال الشافعى.

وقال أبو حنيفة: إن كان الغش النصف فأقل، جاز، وإن كان أكثر من النصف، لم يجز ذلك. واستدل القاضى أبو محمد فى ذلك بأن هذه دراهم مغشوشة، فلم يجز القراض بها. أصل ذلك إذا زاد الغش على النصف.

قال القاضى أبو الوليد: والذى عندى أنه إنما يكون ذلك إذا كانت الدراهم ليست بالسكة التى يتعامل الناس بها، فإذا كانت سكة التعامل، فإنه يجوز القراض بها؛ لأنها قد صارت عينا، وصارت أصول الأثمان وقيم المتلفات، وقد جوز أصحابنا القراض بالفلوس، فكيف بالدراهم المغشوشة.

ولا خلاف بين أصحابنا فى تعلق الزكاة بعينها، ولو كانت عروضًا لم تتعلق الزكاة بعينها، وإن اعترض فى ذلك أنه يجوز إن انقطع، فتستحيل أسواقها، فمثل ذلك يعترض فى الدراهم الخالصة إذا قطع التعامل بها، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ: وَمِنَ الْبُيُوعِ مَا يَجُوزُ إِذَا تَفَاوَتَ أَمْرُهُ وَتَفَاحَشَ رَدُّهُ، فَأَمَّا الرِّبَا، فَإِنَّهُ لا يَكُونُ فِيهِ إلا الرَّدُّ أَبَدًا، وَلا يَجُوزُ مِنْهُ قَلِيلٌ وَلا كَثِيرٌ، وَلا يَجُوزُ فِيهِ مَا يَجُوزُ فِي غَيْرِهِ لأنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِي كِتَابِهِ: ﴿وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لا تَظْلِمُونَ وَلا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٩][1].

الشرح: وهذا كما قال أن من البيوع بيوعًا مكروهة، فإن فات، أمضى عقده، ولم ينتقض، ولم يغير كبيع الحب بعد أن أفرك وقبل أن ييبس وبيع الثمر بعد أن أزهى يؤخذ كيلاً بعد أن يثمر، قال ذلك عيسى. وزاد فيه: إن من البيوع المكروهة التى تجرى مجرى ما تقدم ذكره، ما إذا فات نظر فيه، فإن كان فيها شىء يأخذه البائع أعطيه، وإلا لم ينقص مما أخذ شيئًا، وإن هى أدركت، ولم تفت، فأسقط البائع شرطه، مضى البيع ولزمهما، وأرى أنه يصير إلى بيع وسلف، وليس ذلك من جملة البيوع المكروهة فقط، بل هو من البيوع المحرمة، وكذلك ما يرد فيه إلى الأكثر من القسمة أو الثمن كبيع الأمة على أن تتخذ أم ولد.

قال عيسى: وأما الذى لا يفوت، فالبيع الحرام يفسخ ما لم يفت، فإذا فات، رد إلى القيمة ما بلغت، ففى قول عيسى: إنما يمضى من البيوغ بالثمن إذا فات ما كان مكروهًا، ولم يكن حرامًا، وأما الذى يرد إلى القيمة حين القبض، فهو الحرام.

وقال ابن عبدوس: إن كان بيع كان فساده لعقده كالبيع وقت صلاة الجمعة ممن يجب عليه إتيانها، وكابتياع الرجل على بيع أخيه، وبيع الحاضر للبادى، والبيع على تلقى السلع، فإن فات يمضى بالثمن وما كان فساده فى أحد عوضيه كبيع المجهول والغرر، فإنه يرد بعد الفوات إلى القيمة.

وجه ما قاله عيسى عن ابن القاسم فيمن باع كيلاً من الثمر من حائط معين، قد أزهى، أنه يرد للإتيان به على الوجه المكروه، ما لم يفت، فإذا فات أمضى كالصلاة فى الوقت إذا وقعت على بعض الوجوه المكروهة، إلا أنها على صفات الإجزاء، فإنها تعاد فى الوقت للإتيان بها على أكمل صفاتها، فإذا فات الوقت لم تعد.

وأما البيع الحرام، فإنه يرد أبدًا؛ لأنه وقع على الوجه الفاسد الذى لا يصح إنفاذه

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/١٣٩، وقال: هذا قول صحيح فى النظر، وصحيح من جهة الآثر، فمن قاده، ولم يضطرب فيه، فهو خير الفقيه.

عليه، فوجب أن يرد التغابن فيه أبدًا، لأنه لم يملك بالعقد كالصلاة إذا عريت من صفات الإجزاء، فإنها تعاد أبدًا.

وجه ما قاله ابن عبدوس أن هذا عقد معاوضة، فإذا كان الفساد فى عقده كان فيه بعد الفوات العوض المسمى، وإذا كان فساده فى عوضه، كان فيه بعد الفوات القيمة كالنكاح.

فصل: قال ابن مزين: وإنما خرج مالك من مقالته فى صدر المسألة فى القراض إلى ذكر البيوع وما اختلف من ذكر مكروهها وحرامها، وإنما هو مثل ضربه اعتزى فيه أن للقراض مكروهًا وحرامًا، كالبيوع لها مكروه وحرام.

فمكروه القراض ما كان منه إذا فات بالعمل يرد فيه العامل إلى قراض، مثله المقارض بالسلعة والمقارض على الضمان، والمقارض يشرط أو يشترط عليه أن لا يرد المال إلى أجل مسمى، فهذا وشبهه مكروه القراض، وهو نظير مكروه البيع كما لا ينقض البائع فى مكروه البيع من الثمن الذى باع به، إذا كان أدنى من القيمة، فكذلك لم يخرج المقارض فى مكروه القراض، ويرد قراض مثله.

وحرام القراض ما كان منه يرد المقارض بعد العمل إلى أجرة مثله، ويخرج عن ربح القراض كما أن البيع فى البيوع الحرام، يرجع عند فوات السلعة إلى قيمتها، وإن كان ذلك دون الثمن الذى باع به أو أكثر، فهذا تأويل هذه المقالة التى قالها مالك.

وهذا الذى ذكره ابن مزين فى إيراد مسألة البيوع الفاسدة بأثر مسائل القراض، لا بأس به فى أن المراد به تمثيل القراض الفاسد بالبيوع الفاسدة، وما ذكره فى ثبوت الحكم فى القراض الحرام والمكروه متنازع.

وذلك أن القراض الفاسد اختلف أصحابنا فى الواجب به، إذا فات. قال القاضى أبو محمد: الظاهر أنه يرد إلى قراض المثل، وبه قال أشهب وابن الماجشون من رواية ابن حبيب عنه.

وروى عن مالك: يرد فى ذلك كله إلى أجرة المثل، ذكر هذه الرواية القاضى أبو محمد، وبه قال أبو حنيفة والشافعى.

وروى عن مالك يرد بعض القراض الفاسد إلى قراض المثل، وبعضه إلى أجرة المثل، حكاها عنه ابن حبيب، وقال بهذا ابن القاسم وابن عبد الحكم وابن نافع ومطرف وأصبغ.

واختلف أصحابنا فى تفسير ذلك، فقال ابن حبيب: أصل ذلك أن كل زيادة يشترطها أحدهما فى المال داخلة فيه ليست بخارجة عنه، ولا خالصة لمشترطها، فذلك يرد إلى قراض المثل، وكل زيادة ازداد خارجة من المال أو خالصة لأحدهما، فإن هذا يرد إلى إجارة المثل، وكل خطر وغرر يتعاملان عليه، خرجا فيه عن سنة القراض، فهو فى ذلك أجير.

وحكى القاضى أبو محمد عن ابن القاسم أن معنى ذلك إن طال الفساد من جهة العقد، فإنه يرد إلى قراض المثل، وإن كان من جهة زيادة ازدادها أحدهما على الآخر، فإنه يرد إلى إجارة المثل، حكى عن عيسى ما تقدم.

وجه الرواية الأولى أن شبهة كل عقد وفاسده يجب رده إلى صحيحه إذا فات كالبيع والنكاح والإجارات.

إذا ثبت ذلك، فهذا الذى ذكره ابن حبيب فى التقسيم غير ما ذهب إليه ابن مزين، وإنما كان يجب على ما ذكره مالك فى البيوع الفاسدة أن لو قال: كل قرض أوقع على وجه مكروه، ووجدت فيه شروط الصحة، فإنه يترك إذا وقع وفات وما كان حرامًا، لم يوجد فيه شروط الصحة، فإنه يرد أبدًا.

وإن فات كان فيه قراض المثل، ولكن مالكًا إنما قصد إلى أن حكم القراض المكروه مخالف لحكم القراض الفاسد كما أن حكم البيع المكروه مخالف لحكم البيع الفاسد، ولم يقصد إلى التسوية بين المكروه منها والفاسد.

فرق: والفرق بين قولنا قراض المثل وأجرة المثل، أن قراض المثل متعلق بنماء ذلك المال، وإن كان فيه ربح، فله حصته فى مثله فى عمله وأمانته فى ذلك المال.

وإن لم يكن له ربح، فاختلف أصحابنا فى ذلك، فمنهم من قال: لا شىء له، وهو الأظهر، ومنهم من يجعل له قراض المثل حصة ثابتة مع وجود الربح وعدمه، ويفرق بينه وبين أجرة المثل بأن يجعل له الجزء الذى يعامل مثله عليه فى مثل المال.

وأما أجرة المثل، فإنها متعلقة بذمة صاحب المال بإجارة ثابتة يدفعها إليه من حيث شاء، إن كان فى المال ربح، فالمشهور من المذهب أن له أجرة مثله، كان له فى المال ربح أو خسارة.

وقال ابن حبيب: إن له أجرة المثل من الربح، فإن لم يكن فى المال ربح، فلا شىء له.

فرق: وبينهما فرق آخر، وهو أن العامل فى قراض المثل يلزمه العمل إلى أن ينض المال، ولا يلزمه فى أجرة المثل شىء من ذلك، وعلى رب المال قبض دينه، إن كان أذن له فيه، وبيع عروضه، وعلى العامل إثبات ديونه؛ لأن من كانت عليه إن حجدها، ولم تثبت ببينة ضمنها العامل.

* * *

ما يجوز من الشرط فى القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِك فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالا قِرَاضًا وَشَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لا تَشْتَرِيَ بِمَالِي إلا سِلْعَةَ كَذَا وَكَذَا أَوْ يَنْهَاهُ أَنْ يَشْتَرِيَ سِلْعَةً بِاسْمِهَا.

قَالَ مَالِك: مَنِ اشْتَرَطَ عَلَى مَنْ قَارَضَ أَنْ لا يَشْتَرِيَ حَيَوَانًا أَوْ سِلْعَةً بِاسْمِهَا فَلا بَأْسَ بِذَلِكَ، وَمَنِ اشْتَرَطَ عَلَى مَنْ قَارَضَ أَنْ لا يَشْتَرِيَ إلا سِلْعَةَ كَذَا وَكَذَا، فَإِنَّ ذَلِكَ مَكْرُوهٌ إلا أَنْ تَكُونَ السِّلْعَةُ الَّتِي أَمَرَهُ أَنْ لا يَشْتَرِيَ غَيْرَهَا كَثِيرَةً مَوْجُودَةً لا تُخْلِفُ فِي شِتَاءٍ وَلا صَيْفٍ، فَلا بَأْسَ بِذَلِكَ[1].

الشرح: وهذا كما قال أن من شرط على العامل أن لا يتجر بسلعة معينة أو بالحيوان، فذلك جائز، وله شرطه؛ لأنه قد أبقى له من السلع ما لا يعدم التجارة فيها

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٦٣، وقال اختلف الفقهاء فى المقارض يشترط عليه رب المال خصوص التصرف. فقول مالك ما وصفنا.

وقال الشافعي: لا يجوز أن يقارضه، ويشترط عليه، إلا أن لا يشترى إلا من فلان، أو إلا سلعة واحدة بعينها، أو يشترى نخلا، أو دوابا، فإن فعل ذلك، فذلك كله فاسد. وإن اشترط أن يشترى صنفا موجودا فى الشتاء، والصيف، فذلك جائز.

وقال أبو حنيفة: إذا اشترط على المقارض ألا يشترى إلا من فلان إلا الرقيق أو على أن لا يبيع، ولا يشترى إلا بالكوفة كان ذلك على ما شرط ولا ينبغي أن يتجاوزه، فإن تعداه ضمن.

قال أبو عمر: قول مالك، رحمه الله، فى هذا الباب أعدل الأقاويل، وأوسطها، لأنه إذا قصر العامل على ما لا يوجد إلا نادرًا غبا، فقد حال بينه، وبين التصرف، وهذا عند الجميع فساد فى عقد القراض، وإذا أطلعه على صنف موجود لا يعدم، فلم يحل بينه، وبين التصرف.

ومذهب مالك، والشافعي فى هذا الباب سواء، ومن اشتراط عندهما على العامل فى القراض ألا يشترى إلا سلعة بعينها، يعنى عين صنف، أو ألا يشترى إلا من فلان أو يوقت فى القراض وقتا، ويضرب له أجلا، فالقراض فى ذلك كله فاسد.

فى بلد من البلدان، ولا وقت من الأوقات، وهذا شرط فى صحة القراض.

فأما إذا قال له: أقارضك على نأن لا تشترى إلا سلعة كذا، لسلعة يعبينها، فإن كانت السلعة كثيرة موجودة، ولا تعدم التجارة فيها، ولا تعدم هى فى وقت من الأوقات كالحيوان والطعام، فإن ذلك جائز.

وإن كانت السلعة قد تعدم فى وقت من الأوقات أو تتعذر التجارة بها لقلتها فى بعض الأزمان، لم تجز المقارضة بها، وعقدا القراض على ذلك، فإنه فاسد، وبهذا قال مالك والشافعى. وقال أبو حنيفة: هو جائز.

والدليل على صحة ما ذهب عليه مالك أن هذا اشترط ما ينافى عقد المضاربة، فوجب أن لا يصلح كما لو شرط عليه الضمان أو شرط أن يرد إليه عروضًا.

والذى يدل على أن هذا الشرط ينافى المضاربة أن المقصود منها هو النماء والربح، وإذا قال: لا تشتر إلا هذا الثوب، فإنه لا يبعد أن يعدم فى ذلك الثوب ربح، فيبطل مقصود القراض.

فرع: إذا ثبت أن ذلك يفسد القراض، فإنه يفسخ. وقال ابن حبيب: كل قراض وقع فاسدًا، مما يرد فيه العامل إلى قراض مثله أو أجرة مثله، فإنه يفسخ متى عثر عليه قبل العمل وبعده.

ووجه ذلك أنه عقد غير لازم، فإذا عثر عليه قبل أن يبتاع بالمال شيئًا فسخ، وإن عثر عليه بعد أن ابتاع بالجميع، كان فسخه المنع من استئناف العمل به فى المستقبل، وهما فيما تقدم من العمل على قراض المثل أو أجرة المثل.

فرع: فإذا قلنا يرد إلى أجرة مثله، فلا تفريع. وإذا قلنا يرد إلى قراض مثله وابتاع ببعض العين سلفًا.

قال القاضى أبو الوليد: فعندى إن اشترى باليسير الذى لا خطب له، فهو كمن لم يشتر شيئًا، وإن كان اشترى بالكثير وبقى الكثير، فهو على قراض المثل فيما عمل فيه، ويترك الباقى.

قَالَ مَالِك فِى رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالا قِرَاضًا، وَاشْتَرَطَ عَلَيْهِ فِيهِ شَيْئًا مِنَ الرِّبْحِ خَالِصًا دُونَ صَاحِبِهِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لا يَصْلُحُ، وَإِنْ كَانَ دِرْهَمًا وَاحِدًا إِلا أَنْ يَشْتَرِطَ

نِصْفَ الرِّبْحِ لَهُ وَنِصْفَهُ لِصَاحِبِهِ أَوْ ثُلُثَهُ أَوْ رُبُعَهُ أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ فَإِذَا سَمَّى شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ قَلِيلا أَوْ كَثِيرًا فَإِنَّ، كُلَّ شَيْءٍ سَمَّى مِنْ ذَلِكَ حَلالٌ، وَهُوَ قِرَاضُ الْمُسْلِمِينَ. قَالَ: وَلَكِنْ إِنِ اشْتَرَطَ أَنَّ لَهُ مِنَ الرِّبْحِ دِرْهَمًا وَاحِدًا فَمَا فَوْقَهُ خَالِصًا لَهُ دُونَ صَاحِبِهِ وَمَا بَقِيَ مِنَ الرِّبْحِ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لا يَصْلُحُ وَلَيْسَ عَلَى ذَلِكَ قِرَاضُ الْمُسْلِمِينَ(١).

الشرح: وهذا كما قال أن من اشترط من المتعاملين شيئًا من الربح على الآخر، فإن ذلك جائز؛ لأن ذلك يقتضى أن لا يخلو واحد منهما من حصة من الربح، ولو اشتراط أحدهما عددًا، لم يجز؛ لأنه قد يمكن ذلك العدد أن يستغرق جميع الربح، فلا يكون للآخر حظ من الربح، وهو لم يدخل فى القراض إلا على الحظ من الربح، فلذلك كان الربح على الأجزاء لا على العدد.

فإن شرط أحدهما مع الأجزاء شيئًا من الربح مقدرًا بالعدد، ولو درهمًا اوحدًا، فإن ذلك يفسد عقد القراض؛ لأن القراض مبنى على الأجزاء، فإذا اشترط فيه عددًا مستثنى أدخل الجهالة فى الأجزاء المشترطة، ولا يعلم حينئذ كم مقدارها، ولا يعلم كل واحد منها جزأه من الربح، فلم يتقدر بجزء، ولا بعدد، فوجب أن يبطل، والله أعلم.

* * *

ما لا يجوز من الشرط فى القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِك: لا يَنْبَغِي لِصَاحِبِ الْمَالِ أَنْ يَشْتَرِطَ لِنَفْسِهِ شَيْئًا مِنَ الرِّبْحِ خَالِصًا دُونَ الْعَامِلِ، وَلا يَنْبَغِي لِلْعَامِلِ أَنْ يَشْتَرِطَ لِنَفْسِهِ شَيْئًا مِنَ الرِّبْحِ خَالِصًا دُونَ صَاحِبِهِ، وَلا يَكُونُ مَعَ الْقِرَاضِ بَيْعٌ، وَلا كِرَاءٌ، وَلا عَمَلٌ، وَلا سَلَفٌ، وَلا مِرْفَقٌ يَشْتَرِطُهُ أَحَدُهُمَا لِنَفْسِهِ دُونَ صَاحِبِهِ إِلا أَنْ يُعِينَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ عَلَى غَيْرِ شَرْطٍ عَلَى وَجْهِ الْمَعْرُوفِ إِذَا صَحَّ ذَلِكَ مِنْهُمَا، وَلا يَنْبَغِي لِلْمُتَقَارِضَيْنِ أَنْ يَشْتَرِطَ

---

(١) قال فى الاستذكار ١٤٣/٢١: لا أعلم خلافا أنه إذا اشترط العامل، أو رب المال على صاحبه شيئا يختص به من الربح معلوما دينارا، أو درهما، أو نحو ذلك، ثم يكون الباقى فى الربح بينهما نصفين، أو على ثلث أو ربع، فإن ذلك لا يجوز؛ لأنه يصير النصيب لتلك الزيادة مجهولا، ولا يجوز عند جميعهم ذلك؛ لأن الأصل فى القراض ألا يجوز إلا على نصيب معلوم، ولا تخالف به سنة، وبالله التوفيق.

أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ زِيَادَةً مِنْ ذَهَبٍ وَلا فِضَّةٍ وَلا طَعَامٍ وَلا شَيْءٍ مِنَ الأَشْيَاءِ يَزْدَادُهُ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ.

قَالَ: فَإِنْ دَخَلَ الْقِرَاضَ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ صَارَ إِجَارَةً وَلا تَصْلُحُ الإِجَارَةُ إِلا بِشَيْءٍ ثَابِتٍ مَعْلُومٍ، وَلا يَنْبَغِي لِلَّذِي أَخَذَ الْمَالَ أَنْ يَشْتَرِطَ مَعَ أَخْذِهِ الْمَالَ أَنْ يُكَافِئَ، وَلا يُوَلِّيَ مِنْ سِلْعَتِهِ أَحَدًا، وَلا يَتَوَلَّى مِنْهَا شَيْئًا لِنَفْسِهِ، فَإِذَا وَفَرَ الْمَالُ وَحَصَلَ عَزْلُ رَأْسِ الْمَالِ ثُمَّ اقْتَسَمَا الرِّبْحَ عَلَى شَرْطِهِمَا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَالِ رِبْحٌ أَوْ دَخَلَتْهُ وَضِيعَةٌ لَمْ يَلْحَقِ الْعَامِلَ مِنْ ذَلِكَ شَيْءٌ لا مِمَّا أَنْفَقَ عَلَى نَفْسِهِ وَلا مِنَ الْوَضِيعَةِ، وَذَلِكَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ فِي مَالِهِ، وَالْقِرَاضُ جَائِزٌ عَلَى مَا تَرَاضَى عَلَيْهِ رَبُّ الْمَالِ وَالْعَامِلُ مِنْ نِصْفِ الرِّبْحِ أَوْ ثُلُثِهِ أَوْ رُبُعِهِ أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ[(١)].

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يجوز لأحد المتعاملين أن يشترط لنفسه من الربح شيئًا لا يفضى إلى الإجزاء على ما قدمناه، وقد بينا ذلك.

وقوله: «**ولا يكون مع القراض بيع، ولا كراء، ولا عمل**» يريد أنه لا يجوز أن يشتمل عليهما عقد واحد.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٦٤، وقال: لا يجوز من الشرط فى القراض عند مالك، وأصحابه أشياء كثيرة. فمنها: أن يزداد أحد المتقارضين على صاحبه زيادة على الحصة التى تعاملا عليها من الربح على ما ذكر مالك فى هذا الباب، وفى الذى قبله.

ومنها: أن يعطيه المال قراضا على الضمان، أو على أن يعمل به إلى أجل أو يدفع إليه المال على قراض منه، أو يشترط عليه ألا يشترى إلا من فلان، أو من متاع فلان، أو من عمل فلان، أو على ألا يتحرى إلا فى حانوت بعينه، أو على أن يشترى به سلعة غير موجودة فى الأغلب تخلف فى شتاء، أو فى صيف، أو على أن يسلف أحدهما صاحبه سلفا، أو على أن يبيع أحدهما من صاحبه سلعة، أو يهب له هبة، أو على أن لا ينفق منه إن سافر، أو على أن يضع عنه نصف النفقة، أو على أن ينفق، ولا يكتسى، أو على أن يكتسى ولا ينفق، أو على أن يدفع إليه مالين أحدهما على النصف، والآخر على الثلث، أو على أن لا يخلطهما، أو على أن يجعل معه حافظا يحفظ عليه، أو غلاما، أو ولدا يعلمه له، أو على أن يشترط زكاة الربح فى المال، وزكاة المال فى الربح، أو على أن يبتاع بالمال دواب يطلب نسلها، أو شجرا يطلب ثمرتها، أو على أن يشترى بالمال سلعة يخرج بها إلى بلد يبيعها به، أو يقدم بها من البلد الذى ابتاعها فيه.

ومن هذه الوجوه ما قد اختلف فيه أصحاب مالك، وغيرهم من العلماء. ومنها: ما يرد إلى قراض مثله إن وقع. ومنها: ما يرد إلى أجرة مثله. انتهى.

وجه ذلك أن هذه عقود لازمة وعقد القراض عقد جائز، والجواز ضد اللزوم، فلما تنافى مقتضاهما، لم يصح أن يجتمعا فى عقد؛ لأن ذلك يخرج أحدهما عن مقتضاه، ويوجب فساده، وإذا فسد أحدهما فسد الآخر؛ لاشتمال العقد عليهما.

مسألة: فإن وقع بيع وقراض، فقد روى عيسى عن ابن القاسم فى كتاب ابن مزين: يفسخ ذلك، ما لم تفت السلعة، ويعمل فى القراض، ثم يتقارضان قراضًا صحيحًا إن شاءا، فإن لم تفت سلعة البيع، وقد عمل فى المال فسخ البيع، وكان أجيرًا فى القراض، وإن فاتت السلعة وعمل فى المال، فكذلك أيضًا له قيمة سلعته، ويرد فى القراض إلى أجرة مثله، ويكون نماء المال لربه.

مسألة: وأما إن اشترط عليه عملاً كالصانع يأخذ القراض على العمل أو يعمل بيده، قال ابن القاسم: إن فات فهو أجير. وقال ابن وهب: هما على قراضهما.

قال القاضى أبو الوليد: ومعنى ذلك عندى أن يكون له أجر عمله، ويكون فى المال على قراض مثله، دون اشتراط عمله.

فصل: وقوله: «**ولا سلف ولا مرفق يشترطه أحدهما لنفسه دون صاحبه**» على ما قال أنه لا يجوز ذلك لما قدمناه من أن السلف طريقه اللزوم، وكذلك عقود المرافق، وذلك مما ينافى فى عقود الجواز، فإن وقع ذلك، فربح السلف للعامل، وهو فى المائة الأخرى أجير، على قول ابن القاسم، وعلى قراض المثل فى قول ابن وهب.

فصل: قوله: «**إلا أن يعين أحدهما صاحبه على غير شرط على وجه المعروف إذا صح ذلك منهما**» يريد أن يكون أحدهما يعين صاحبه من غير شرط ولا عوض، إلا لمجرد المعروف والمرفق، فيما يجوز أن يعينه فيه، ولا يعود بفساد القراض على ما تقدم قبل هذا، فإنه إذا صح ذلك منهما، ولم يكن ذلك لمعنى القراض الذى بينهما، فهو جائز غير مفسد لما بينهما من القراض.

فصل: ولا ينبغى للمتقارضين أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة من ذهب ولا فضة ولا طعام ولا شيئًا من الأشياء على ما تقدم، إن كانت الزيادة من الذهب والفضة من غير ربح القراض، كانت مع القراض إجارة، إن اشترط ذلك العامل، وإن اشترطه صاحب المال، فإنه عمل وعين معلوم بعين مجهول.

فرع: فإن نزل ذلك ففى كتاب محمد بن المواز عن مالك وأصحابه أنه إن ترك ذلك من اشترطه قبل العمل، فهو جائز.

ووجه ذلك عندهم أنه قد أسقط ما أذخل الفساد فى العقد فى وقت يجوز لـه تركـه وابتداؤه، فكان ذلك بمنزلة أن فسخ العقد الفاسد، واستأنف عقدًا صحيحًا.

فرع: وأمـا بعـد العمـل، فـروى يحيـى عـن ابـن نـافع أنـه إن أبطـل الشـرط الفاسـد مشترطه، صح العقد، وتماديا عليه، وأنكر ذلك يحيى بعد العمل.

فصل: وقوله: «**فإن دخل القراض شىء من ذلك صار إجـارة، ولا يصلـح إلا شـىء ثابت معلوم**» يريد إن اشـترطه العـامل فهـو إجـارة، لأن مـن حكـم القـراض أن يكـون عوض العمل حقه مقصور على ما يترقب خروجه من النماء، فإذا اشـترط العـامل ذهبًـا من غيره أو غير ذهب، فقد خرج عن سنة القراض إلى مـا لا يجـوز فيـه، إنمـا يجـوز فـى الإجارة إلا أن من شـرط الإجـارة أن يكـون جميـع عوضهـا معلومًـا، فـإذا كـان بعـض عوضها مجهولاً مترقبًا من النماء، لم تصح الإجارة أيضًا.

والفرق بين الإجارة على التجارة بالمال وبين القراض، أن فى الإجارة يستأجره على أن يتجر له فى ماله بشىء معلوم معين مقبوض أو مقدر فى الذمة بعقد لازم، فإن جعـل شىء منه فى النماء المترقب لم يجز.

ومعنى القراض أن يعامله معاملة جائز ليعمل فى مالـه بجـزء مـن نمائـه المترقب، فـإن صرف شىء من عوض العمل إلى غير ذلك لم يجز.

فصل: وقوله: «**ولا ينبغى للذى أخذ المال أن يشترط مع أخذه المـال أن يكـافئ، ولا يولى من سلعته أحدًا، ولا يتولى منها شيئًا لنفسه**» يريد أنه ليـس للعـامل أن يشـترط فـى عقد القراض إلا أن كافئ منه من أسدى إليه معروفًا، يختص به.

وأما لو كافأ منه أحدًا بمعروف أسـدى إليـه فـى مـال القـراض علـى وجـه التجـارة، وحسن النظر لجاز ذلك، وكذلك ليس له أن يولى أحدًا سلعة يرجو فيها نماء وربحًا.

وأما إذا ولاها، وكان فـى ذلـك نظـر، فهـو نفـع يقصـد مـع المكايسـة، فللعـامل أن يفعلـه، وهـذان الفصـلان إذا كانـا علـى وجـه المتـاجرة، فللعـامل فعلـه، ولا يحتـاج إلى اشتراطها.

ولو اشترطها لمـا فسـد بذلـك القـراض، وإن كانـا علـى وجـه المعـروف، فـلا يجـوز اشتراطهما، ويفسد ذلك العقد، وإن فعلهـا مـن غـير شـرط، كـان ذلـك موقوفًـا علـى إجارة صاحب العامل.

وأما أن يتولى من ذلك سلعة، فإن ذلك غير جائز؛ لأنه ليس له أن يذهب ببعض النماء الحاصل فى المال، ولا يجوز اشتراطه، فإن فعل ذلك من غير شرط، لرب المال الخيار بين أن يمضيه، ويلزمه العامل وبين أن يرده.

فصل: وقوله: «**فإذا حضر المال وحصل عزله، ثم اقتسما الربح على شرطهما**» يريد الذى يجب أن يبدأ بالإخراج فى قسمة القراض رأس المال؛ لأنه لا ربح لواحد منهما حتى يسلم إلى صاحبه، ويصير فى قبضه، فوجب أن يبرأ فى القسمة.

فإذا سلم إلى صاحبه وتصير فى قبضه كان ما بقى بعده ربح حاصل، فيقتسمانه على ما سميا فى القراض الصحيح، ويجرى الأمر فيه على ما تقدم من الاختلاف فى القراض الفاسد.

مسألة: فإن اقتسما الربح دون أن يحضر رأس المال أو حضر، فلم يقبضه صاحبه، فإن تلك قسمة فاسدة، فإن دخل المال نقص، رد من الربح ما يجبر به رأس المال، وإن أتى على جميعه، قاله عيسى.

فصل: وقوله: «**فإن لم يكن فى المال له ربح أو دخلته وضيعة لم يلحق العامل من ذلك شىء لا مما أنفق على نفسه، لا من الوضيعة، وذلك على رب المال فى ماله**» يريد أنه إن لم يكن للمال بعد إخراج رأس المال، ورده إلى صاحبه ربح يقسم، فلا شىء للعامل ولا شىء عليه إن كان فى ذلك خسران، ولا عليه أن يجبره؛ لأنه ليس بمضمون عليه، ولا عليه رد شىء مما أنفقه على نفسه إن كان سافر فيه سفرًا، يقتضى الإنفاق على العامل؛ لأن ذلك بمنزلة سائر المؤن اللازمة لمال القراض من كراء حمل وإجارة نشر وطى.

وقوله: «**على رب المال فى ماله**» يريد مال القراض، وليس فيما بيده من المال؛ لأنه لم يأذن له فى التصرف إلا فى مال القراض، فليس له أن يتصرف تصرفًا يتعدى إلى غير ذلك من ماله.

قَالَ مَالِك: لا يَجُوزُ لِلَّذِى يَأْخُذُ الْمَالَ قِرَاضًا أَنْ يَشْتَرِطَ أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ سِنِينَ لا يُنْزَعُ مِنْهُ.

قَالَ: وَلا يَصْلُحُ لِصَاحِبِ الْمَالِ أَنْ يَشْتَرِطَ أَنَّكَ لا تَرُدُّهُ إِلَيَّ سِنِينَ لأَجَلٍ يُسَمِّيَانِهِ لأَنَّ الْقِرَاضَ لا يَكُونُ إِلَى أَجَلٍ وَلَكِنْ يَدْفَعُ رَبُّ الْمَالِ مَالَهُ إِلَى الَّذِى يَعْمَلُ لَهُ فِيهِ،

فَإِنْ بَدَا لأَحَدِهِمَا أَنْ يَتْرُكَ ذَلِكَ وَالْمَالُ نَاضٌّ لَمْ يَشْتَرِ بِهِ شَيْئًا تَرَكَهُ وَأَخَذَ صَاحِبُ الْمَالِ مَالَهُ، وَإِنْ بَدَا لِرَبِّ الْمَالِ أَنْ يَقْبِضَهُ بَعْدَ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهِ سِلْعَةً، فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ حَتَّى يُبَاعَ الْمَتَاعُ وَيَصِيرَ عَيْنًا، فَإِنْ بَدَا لِلْعَامِلِ أَنْ يَرُدَّهُ وَهُوَ عَرْضٌ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لَهُ حَتَّى يَبِيعَهُ، فَيَرُدَّهُ عَيْنًا كَمَا أَخَذَهُ(١).

الشرح: وهذا على ما قال أنه لا يجوز أن يوقت القراض بمدة معلومة، لا يجوز فسخه قبلها، وإن عاد المال عينًا، وإن انقضت المدة، فقد كمل القراض، فلا يكون للعامل، ولا عليه أن يبيعه ولا يعمل به إذا كان عرضًا عند انقضاء المدة، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. وقال أصحاب بعض أبى حنيفة: ذلك جائز.

والدليل على ما نقوله أنه عقد جائز، فلم يتوقت بمدة من الزمان كالشركة. ووجهه أن القراض عقد جائز. ومعنى ذلك أن لكل واحد من المتعاقدين فسخه متى شاء، ولم يوقت بزمن لم يكن لكل واحد منهما ذلك، لأن التوقيت يمنع ذلك.

مسألة: فإن وقع ذلك، فحكى ابن المواز عن ابن نافع: إن وقع فسخت الشرط وأثبتهما على قراضهما. قال ابن مزين: هو حسن قبل العمل. وأما بعد، فهو أجير والربح لصاحب المال والضمان منه.

فصل: وقوله: **«وإن بدا لرب المال أن يقضيه بعد أن يشترى سلعة فليس ذلك»** يريد أن عقد القراض يلزم بتغير عين المال، والذى يلزم منه عمل معتاد، ففى مثله يرجع به المال إلى ما كان عليه من العين لتمكن الانفصال فيه، ولا يلزم زيادة عليه بأن يبتاع به سلعة أخرى، أو يستأنف به تجارة ثانية.

وذلك مبنى على أصلين أحدهما: أن القراض من العقود الجائزة التى لكل واحد منهما فسخه. والثانى: أن القراض لا يقع الانفصال فيه إلا وهو الصفة التى انعقد عليها، وذلك بأن يعود المال عينًا على الصفة التى انعقد بها القراض.

فإذا ثبت الأصلان، فلكل واحد من المتعاقدين فسخه ما كان عينًا، فإذا غيره فى سلعة، لزمه العمل به إلى أن يعود المال عينًا، فيمكن الانفصال به، ويلزم رب المال تركه بيده إذا صار عرضًا ليتخلص للعامل حصته من الربح التى لها عمل، وذلك لا يكون إلا بأن يصير المال عينًا، يرد منه رأس المال، ويتخلص بعد ذلك الربح لتصح المقاسمة فيه.

* * *

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٤٧/٢١.

زكاة القراض

[قَالَ][*] **مَالِك**: لا يَصْلُحُ لِمَنْ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالا قِرَاضًا أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَيْهِ الزَّكَاةَ فِي حِصَّتِهِ مِنَ الرِّبْحِ خَاصَّةً لأَنَّ رَبَّ الْمَالِ إِذَا اشْتَرَطَ ذَلِكَ فَقَدِ اشْتَرَطَ لِنَفْسِهِ فَضْلا مِنَ الرِّبْحِ ثَابِتًا فِيمَا سَقَطَ عَنْهُ مِنْ حِصَّةِ الزَّكَاةِ الَّتِي تُصِيبُهُ مِنْ حِصَّتِهِ[(١)].

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يجوز لرب المال أن يشترط على العامل زكاة رأس المال؛ لأن ذلك يعود إلى أن يشترط عليه عددًا من الربح ينفرد به، ثم تطرأ القسمة بعد ذلك، وربما استغرق بعد ذلك العدد جميع الربح، فيسقط حظ العامل من الربح مع وجوده، واشتراطه له، وذلك ينافى الجواز لما فيه من الجهالة.

مسألة: فإن اشترط على العامل زكاة الربح من حصته، فقد اختلف أصحابنا فى ذلك، فروى أشهب عن مالك فى كتاب ابن المواز: لا خير فى ذلك. وروى عنه ابن القاسم وغيره: أن ذلك جائز. وبه قال أشهب.

وجه رواية أشهب أن ذلك مجهول؛ لأنه قد يقع التارك بينهما قبل وجوب الزكاة فى المال.

وجه رواية ابن القاسم أنه اشترط عليه جزءًا شائعًا، فكان جائزًا بمنزلة أن يشترط عليه النصف وربع العشر، وللعامل النصف غير ربع العشر.

مسألة: فإن اشترط العامل على رب المال الزكاة، فهو على ضربين، أحدهما: أن يشترط زكاة الربح من رأس المال.

والثانى أن يشترط زكاة حصته من الربح فى حصة رب المال من الربح، فإن اشترط

(*) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل، وما أوردناه من الموطأ.

(١) قال فى الاستذكار ٢١/١٤٩: هذا قول الشافعى؛ لأنه يعود إلى أن تكون حصة العامل، ورب المال، مجهولة؛ لأنه لا يدرى لمن يكون المال فى حين وجوب الزكاة؛ لأنه قد يمكن أن يتوى كله أو بعضه بالخسارة، أو آفات الدهر.

وفى المدونة، قال ابن القاسم: جائز أن يشترط أحدهما على صاحبه أن يكون عليه زكاة الربح؛ لأنه يرجع إلى نصيب معروف. وفى الأسدية، عن ابن القاسم أنه لا يجوز أن يشترط العامل على رب المال زكاة الربح، كما لا يجوز له أن يشترط عليه زكاة المال.

وروى أشهب عن مالك أن ذلك لا يجوز. وقال أشهب: هو جائز؛ لأنه يعود إلى الأجزاء.

قال أبو عمر: هذا فى زكاة الربح، لا فى زكاة المال. انتهى.

زكاة المال من رأس الربح، فقد قال عيسى: لا يجوز. وحكى القاضى أبو محمد جواز ذلك.

وجه رواية عيسى أن ذلك من الجهالة والغرر؛ لأنه لا يدرى ما شرط عليه فى رأس ماله فى قلته أو كثرته، ولا يدرى هل يثبت ذلك أم لا، لأنه إن كان فيه ربح، لزم رب المال أداء الزكاة عنه، وإن لم يكن فيه ربح، فلا شىء عليه.

ووجه رواية القاضى أبى محمد أن زكاة رأس المال على رب المال، وزكاة الربح منه، ثم تقع القسمة بعد ذلك فإذا شرط العامل الزكاة على رب المال، فإنما شرط عليه زيادة جزء من الربح، ولا تأثير لتخصيصه برأس المال؛ لأن لرب المال أن يدفعه من حيث شاء كما لو شرط الزكاة رب المال على العامل.

[قَالَ](*) مالك: وَلا يَجُوزُ لِرَجُلٍ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَى مَنْ قَارَضَهُ أَنْ لا يَشْتَرِىَ إلا مِنْ فُلانٍ لِرَجُلٍ يُسَمِّيهِ، فَذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ؛ لأَنَّهُ يَصِيرُ لَهُ أَجِيرًا بِأَجْرٍ لَيْسَ بِمَعْرُوفٍ(١).

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يجوز لرب المال أن يشترط على العامل أن لا يشترى إلا من فلان. وقال أبو حنيفة: هو جائز، وقد تقدم الكلام فيه. واحتج مالك فى ذلك بأنه إذا عين له هذا التعيين، فإنما هو رسول؛ لأن العامل فى المال سنته التصرف، وطلب الاسترخاص.

فإذا منع من ذلك، ونص على الابتياع من معين، فإنما هو رسول إلى ذلك الرجل المعين، يبتاع منه لرب المال، فلا يجوز أن تتعلق أجرته بضمان المال؛ لأن وجوده مجهول ومقداره مجهول.

مسألة: وسواء كان ذلك الرجل موسرًا لا تعدم عنده السلع والمتاجر، أو معسرًا يعدم ذلك عنده، قاله عيسى، ورواه يحيى بن يحيى عن ابن نافع.

ووجه ذلك أن هذا الشرط يمنع وجود النماء غالبًا، ويعتمد على اختيار ذلك الرجل المعين؛ لأن له أن يمتنع من مبايعته إلا بما شاء من الثمن الذى لا يرجى بعده ربح.

فرع: فإن وقع، قال ابن نافع: يفسخ ما لم يفت، فإن فات، صحح بما يصح به القراض الفاسد.

(*) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل، وما أوردناه من الموطأ.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/١٥٠.

مسألة: وكذلك لو شرط عليه أن لا يتجر إلا فى حانوت معين. وأما إن شرط عليه أن لا يتجر إلا ببلد معين، فإن كان حيث عقدا القراض، وكان لا يعدم فيه التجارة التى يقصدان لعظم ذلك البلد وكثرة متاجره، فهو جائز، وإن كانت تلك المتاجر تعدم فيه لصغره لم يجز.

فأما إن كان بغير بلد القراض، وإنما شرط عليه أن يخرج إليه، فذلك على ضربين، أحدهما أن يخرج إليه ليتجر به. والثانى: أن يخرج إليه ليبيع فيه ما يحمل إليه، ويجلب منه ما يشترى.

فأما الأول، فقال ابن حبيب: هو جائز. ووجه ذلك أنه شرط عليه التجارة ببلد يعلم وجودها به أبدًا، كما لو شرط عليه بلد عقد القراض.

وأما الثانى: فاختلف فيه أصحابنا، فروى ابن القاسم عن مالك المنع منه، وبه قال ابن حبيب.

وروى أبو زيد فى ثمانيته عن ابن الماجشون فيمن دفع إلى رجل ألف دينار قراضًا يذهب بها إلى بلد من البلدان بعينه ليشترى بها متاعًا، ويقدم بها إلى المدينة، لا يبيع إلا بها، وشرط ذلك عليه: أن ذلك جائز، وهو قراض الناس، لم أسمع فيه اختلافًا.

وروى أصبغ عن ابن القاسم إجازته فيمن قارض رجلاً على أن يخرج إلى البحيرة أو الفيوم، يشترى بها طعامًا، قيل له فالمكان بعيد مثل برقة وإفريقيه، على أن يخرج إليها يشترى بها، فقال: لا بأس بذلك.

وجه الرواية الأولى أن هذا اشترط على العامل سفرًا بعينه، وربما عدم التجارة والربح فيه لكساد سوق أو انقطاع طريق، فوجب أن لا يجوز كما لو اشترط عليه التجارة فى سلعة بعينها.

وجه القول الثانى أن هذا نوع من التجارة، لا يكاد يخلفه التصرف فيه على المعهود، فجاز أن يقصر العامل عليه كالتجارة فى البز.

قَالَ مَالِك فِي الرَّجُلِ يَدْفَعُ إِلَى رَجُلٍ مَالا قِرَاضًا، وَيَشْتَرِطُ عَلَى الَّذِى دَفَعَ إِلَيْهِ الْمَالَ الضَّمَانَ.

قَالَ مَالِك: لا يَجُوزُ لِصَاحِبِ الْمَالِ أَنْ يَشْتَرِطَ فِي مَالِهِ غَيْرَ مَا وُضِعَ الْقِرَاضُ

عَلَيْهِ وَمَا مَضَى مِنْ سُنَّةِ الْمُسْلِمِينَ فِيهِ، فَإِنْ نَمَا الْمَالُ عَلَى شَرْطِ الضَّمَانِ كَانَ قَدِ ازْدَادَ فِي حَقِّهِ مِنَ الرِّبْحِ مِنْ أَجْلِ مَوْضِعِ الضَّمَانِ، وَإِنَّمَا يَقْتَسِمَانِ الرِّبْحَ عَلَى مَا لَوْ أَعْطَاهُ إِيَّاهُ عَلَى غَيْرِ ضَمَانٍ، وَإِنْ تَلِفَ الْمَالُ لَمْ أَرَ عَلَى الَّذِي أَخَذَهُ ضَمَانًا، لأَنَّ شَرْطَ الضَّمَانِ فِي الْقِرَاضِ بَاطِلٌ»(١).

الشرح: وهذا كما قال أن لرب المال إذا شرط الضمان على العامل أن ذلك يقتضى فساد العقد.

ووجه ذلك أن عقد القراض لا يقتضى ضمان العامل، وإنما يقتضى الأمانة، ولا خلاف فى ذلك، فذلك إذا شرط نقل الضمان عن محلة، بإجماع، اقتضى ذلك فساد العقد والشرط، فإن ادّعى ضياعه أوسرقته صدق، وإن ادّعى رده إلى صاحبه، فالقول قوله مع يمينه، إن كان دفع إلى بغير بينة، وإن كان دفع إليه ببينة، لم يبرأ إلا ببينة.

مسألة: فإذا دفع القراض على الضمان، وجب فسخه ما لم يفت، فإن فات بطل الشرط، ورد فيما قد مضى منه ما لابد فى تحصيل رأس المال على هيئته إلى قراض المثل على ما روى عن مالك فى رد جميع القراض الفاسد إلى قراض المثل، وهو معنى قوله: **«وإنما يقتسمان الربح على ما لو أعطاه إياه على غير ضمان»**.

مسألة: فإن ادعى خسارة وكان وجه ما ادعاه معروفًا، بأن يكون من سافر أو تجر مثل تجارته، أصابه ذلك أو كان وجهه معروفًا، فهو مصدق، وإن ادعى من ذلك ما لا يعرف، فروى ابن أيمن عن مالك: أنه ضامن.

قَالَ مَالِك فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالا قِرَاضًا، وَاشْتَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لا يَبْتَاعَ بِهِ إِلا نَخْلا أَوْ دَوَابَّ لأَجْلِ أَنَّهُ يَطْلُبُ ثَمَرَ النَّخْلِ أَوْ نَسْلَ الدَّوَابِّ وَيَحْبِسُ رِقَابَهَا.

قَالَ مَالِك: لا يَجُوزُ هَذَا، وَلَيْسَ هَذَا مِنْ سُنَّةِ الْمُسْلِمِينَ فِي الْقِرَاضِ إِلا أَنْ يَشْتَرِيَ ذَلِكَ ثُمَّ يَبِيعَهُ كَمَا يُبَاعُ غَيْرُهُ مِنَ السِّلَعِ(٢).

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٥٢/٢١، وقال: السنة المجتمع عليها فى القراض أن البراء فى المال من رب المال، وأن الربح بينهما على شرطهما وما خالف السنة، فمردود إليها. وقد قال عمر بن الخطاب، رضى الله عنه: «ردوا الجهالات إلى السنة».

(٢) قال فى الاستذكار ١٥٣/٢١: هذا قول سائر الفقهاء؛ لأن القراض باب مخصوص خارج عن الإجارات، والبيوع، فلا يتجاوز به سنته، ولا يقاس عليه غيره، كما لا يقاس على العرايا=

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يجوز أن يشترط رب المال على العامل أن يشترى به نخلاً يوقف رقابها، ويكون ربحها ثمارها؛ لأن العمل الذى يعامل عليه المقارض، هو التجارة دون السقى، والقيام على النخل، ولا يجوز أن يكون عوضًا عن سقى النخل، والقيام عليها غير مقدرة، وإنما يجوز له أن يكون حصة من ثمرة ذلك النخل كما لا يجوز أن يكون العرض والثمرة عوضًا عن عمل التجارة، وكذلك القيام على الدواب لا يجوز أن يكون العوض عليه جزءًا من نسلها؛ لأنها مما يزكو بغير عمل كالماشية.

ووجه آخر، وهو أنه قد يجد العامل بالرقاب الربح، فيكون ممنوعًا منه، وهو المقصود بالقراض. وفى كتاب محمد والواضحة عن مالك: إذا اشترط رب المال على العامل أن يزرع، مثل ذلك.

قَالَ مَالِكٌ: لا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُقَارِضُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ غُلامًا يُعِينُهُ بِهِ عَلَى أَنْ يَقُومَ مَعَهُ الْغُلامُ فِى الْمَالِ إِذَا لَمْ يَعْدُ أَنْ يُعِينَهُ فِى الْمَالِ لا يُعِينُهُ فِى غَيْرِهِ(١).

الشرح: وهذا كما قال لا بأس أن يشترط العامل على رب المال إذا كان كثيرًا غلامًا يعينه فيه الخدمة دون غيره من الأموال، ولو اشترط خدمة الغلام فيما يخص العامل لم يجز، وإنما ذلك كالمساقاة يجوز للعامل أن يشترط على رب الحائط الكبير الغلام يعينه فى السقى والخدمة.

* * *

القراض فى العروض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ: لا يَنْبَغِى لأَحَدٍ أَنْ يُقَارِضَ أَحَدًا إِلا فِى الْعَيْنِ؛ لأَنَّهُ لا تَنْبَغِى الْمُقَارَضَةُ فِى الْعُرُوضِ؛ لأَنَّ الْمُقَارَضَةَ فِى الْعُرُوضِ إِنَّمَا تَكُونُ عَلَى أَحَدِ وَجْهَيْنِ، إِمَّا أَنْ يَقُولَ لَهُ صَاحِبُ الْعَرْضِ خُذْ هَذَا الْعَرْضَ فَبِعْهُ فَمَا خَرَجَ مِنْ ثَمَنِهِ فَاشْتَرِ بِهِ، وَبِعْ عَلَى وَجْهِ الْقِرَاضِ، فَقَدِ اشْتَرَطَ صَاحِبُ الْمَالِ فَضْلا لِنَفْسِهِ مِنْ بَيْعِ سِلْعَتِهِ، وَمَا يَكْفِيهِ مِنْ مَئُونَتِهَا أَوْ يَقُولَ اشْتَرِ بِهَذِهِ السِّلْعَةِ وَبِعْ، فَإِذَا فَرَغْتَ فَابْتَعْ لِى

=غيرها؛ لأنها سنة، ورخصة مخصوصة من المزابنة خارجة عن أصلها، فلا تقع، ولا تنعقد إلا على سنتها، فإن اشترى النخل للثمر لا للبيع، والدواب للنسل، لا للبيع، لم يصح ذلك، وكان له فيما اشتراه أجرة مثله، وكان الدواب، والنحل لرب المال. انتهى.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/١٥٤.

مِثْلَ عَرْضِى الَّذِى دَفَعْتُ إِلَيْكَ، فَإِنْ فَضَلَ شَىْءٌ فَهُوَ بَيْنِى وَبَيْنَكَ، وَلَعَلَّ صَاحِبَ الْعَرْضِ أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَى الْعَامِلِ فِى زَمَنٍ هُوَ فِيهِ نَافِقٌ كَثِيرُ الثَّمَنِ ثُمَّ يَرُدَّهُ الْعَامِلُ حِينَ يَرُدُّهُ، وَقَدْ رَخُصَ، فَيَشْتَرِيَهُ بِثُلُثِ ثَمَنِهِ أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ، فَيَكُونُ الْعَامِلُ قَدْ رَبِحَ نِصْفَ مَا نَقَصَ مِنْ ثَمَنِ الْعَرْضِ فِى حِصَّتِهِ مِنَ الرِّبْحِ أَوْ يَأْخُذَ الْعَرْضَ فِى زَمَانٍ ثَمَنُهُ فِيهِ قَلِيلٌ، فَيَعْمَلُ فِيهِ حَتَّى يَكْثُرَ الْمَالُ فِى يَدَيْهِ ثُمَّ يَغْلُو ذَلِكَ الْعَرْضُ وَيَرْتَفِعُ ثَمَنُهُ حِينَ يَرُدُّهُ، فَيَشْتَرِيهِ بِكُلِّ مَا فِى يَدَيْهِ، فَيَذْهَبُ عَمَلُهُ وَعِلاجُهُ بَاطِلا، فَهَذَا غَرَرٌ لا يَصْلُحُ، فَإِنْ جُهِلَ ذَلِكَ حَتَّى يَمْضِىَ نُظِرَ إِلَى قَدْرِ أَجْرِ الَّذِى دُفِعَ إِلَيْهِ الْقِرَاضُ فِى بَيْعِهِ إِيَّاهُ وَعِلاجِهِ، فَيُعْطَاهُ ثُمَّ يَكُونُ الْمَالُ قِرَاضًا مِنْ يَوْمَ نَضَّ الْمَالُ وَاجْتَمَعَ عَيْنًا وَيُرَدُّ إِلَى قِرَاضٍ مِثْلِهِ(١).

الشرح: وهذا كما قال أنه لا ينبغى القراض إلا بالعين الدنانير والدراهم، وقد تقدم تفسير ذلك، فإن قارضه بعرض، فإن ذلك يكون على وجهين، أحدهما: أن يقول له: بع هذا العرض، فإذا نض ثمنه، فاعمل به قراضًا يكون الثمن رأس المال، فهذا لا يجوز، وبه قال مالك والشافعى. وقال أبوحنيفة: هو جائز.

والدليل على ما نقوله أن هذا شرط مستأنف، فلم يجز تعليق القراض به؟ أصل ذلك هبوب الرياح ونزول المطر. واستدلال فى المسألة، وهو أن هذا قراض وإجارة، فلم يجز أن يجتمعا فى عقد لاختلاف مقتضاهما.

مسألة: والوجه الثانى أن يقول له: خذ هذا العرض على القراض، يكون العرض رأس المال ترد إلىّ بعد تمام العمل مثله، فما فضل شىء، فهو ربح بينى وبينك، فهذا أيضًا لا يجوز خلافًا لابن أبى ليلى فى تجويزه ذلك.

والدليل عليه ما احتج به مالك من الغرر، وهو أنه يجوز أن يأخذ العرض فى وقت رخصه، ويرده فى وقوت غلائه، فيذهب رب المال بربح المال، أو يأخذه فى وقت نفاقه، يرجه فى وقت كساده، فيشتريه ببعض رأس المال، ويقاسمه البعض الآخر دون أن ينمى بعمله، ولذلك لم يجز القراض بما تختلف أسواقه، ويختص ببعض الأوقات نفاقه.

---

(١) قال فى الاستذكار ٢١/١٥٦: قد بين مالك، رحمه الله، فى هذا الباب معنى الكراهية للقراض بالعروض بيانا شافيا، لا يشكل على من له أدنى تأمل. ولا خلاف بين الفقهاء فى أن القراض جائز بالعين من الذهب، والورق. واختلفوا فى القرض بالفلوس وبالنقد. انتهى.

فصل: وقوله: «**فإن جهل ذلك حتى يمضى**» إلى آخرالفصل يريد فى الوجهين جميعًا من كتاب محمد وابن حبيب أنه لما كان القراض لا يجوز إلا بالعين، وجب أن يصحح به عند الفوات، فيكون القراض من وقت صح الثمن، وحصل بيد العامل، وما كان قبل ذلك، فلا يمكن رده إلى القراض الصحيح؛ لأنه لا يصح القراض به لوجه، فكان فيه أجرة المثل، وهذا كما يقول: إن البيع الفاسد يصحح بعد الفوات، ويرد إلى البيع الصحيح، إذا كان المبيع يصح بيعه، فإذا لم يصح بيعه، لم يرد إلى البيع الصحيح.

فرع: وذكر الشيخ أبو محمد بن أبى زيد فى ذلك قسمًا ثالثًا، وهو إذا أعطاه عرضًا بقيمته، وجعلاً تلك القيمة رأس المال، فقال أبو محمد: يظهر إلىَّ أنه إن كان قصد إلى أن يعمل بالثمن، ويكون ما قوم به رأس المال أنه أجبر فى كل شىء؛ لأنها زيادة مشترطة إما للعامل بخلاف القراض بالعرض، فلا يقدر له ثمن قال: وهذا على أصل ابن القاسم.

قال القاضى أبو الوليد: وعندى أن هذا الوجه له حكم الوجهين المتقدمين؛ لأنه لو جاز أن يقال فى هذا أنه أجبر لابد أن تكون القيمة فيها زيادة لأحدهما من الآخر؛ لجاز أن يقال ذلك فى القراض بنقد؛ لأنه لابد أن يرده، وقيمته أكثر، فهذه زيادة لرب المال أو يرده وقيمته أقل، فهذه زيادة للعامل.

* * *

الكراء فى القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِك فِى رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالا قِرَاضًا فَاشْتَرَى بِهِ مَتَاعًا فَحَمَلَهُ إِلَى بَلَدِ التِّجَارَةِ، فَبَارَ عَلَيْهِ، وَخَافَ النُّقْصَانَ، إِنْ بَاعَهُ فَتَكَارَى عَلَيْهِ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ فَبَاعَ بِنُقْصَانٍ، فَاغْتَرَقَ الْكِرَاءُ أَصْلَ الْمَالِ كُلَّهُ.

قَالَ مَالِك: إِنْ كَانَ فِيمَا بَاعَ وَفَاءٌ لِلْكِرَاءِ، فَسَبِيلُهُ ذَلِكَ، وَإِنْ بَقِيَ مِنَ الْكِرَاءِ شَىْءٌ بَعْدَ أَصْلِ الْمَالِ كَانَ عَلَى الْعَامِلِ، وَلَمْ يَكُنْ عَلَى رَبِّ الْمَالِ مِنْهُ شَىْءٌ يُتْبَعُ بِهِ، وَذَلِكَ أَنَّ رَبَّ الْمَالِ إِنَّمَا أَمَرَهُ بِالتِّجَارَةِ فِى مَالِهِ، فَلَيْسَ لِلْمُقَارِضِ أَنْ يَتْبَعَهُ بِمَا سِوَى ذَلِكَ مِنَ الْمَالِ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ يُتْبَعُ بِهِ رَبُّ الْمَالِ لَكَانَ ذَلِكَ دَيْنًا عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ الْمَالِ الَّذِى قَارَضَهُ فِيهِ، فَلَيْسَ لِلْمُقَارِضِ أَنْ يَحْمِلَ ذَلِكَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ[1].

---

(١) قال فى الاستذكار ٢١/١٥٧: لست أعلم فيما ذكره مالك خلافـا، وهـو أصـل، وإجمـاع. ومذهب مالك فى العامل يشترى من مال المضاربة شيئا، ثم ينفق من ماله من كراء، أو صبغ أنـه يرجع بالكراء، ولا ربح فيه. وهذا قوله، وقول أكثر أصحابه.

الشرح: وهذا كما قال لأن رب المال أطلق يد العامل من ماله على رأس مال القراض دون غيره، فكل ما عمل فيه العامل من عمل على وجه النظر، عاد ذلك بخسران أو ربح، فإنه يلزمه فيه دون سائر أمواله، فإن لحق العامل بعد ذلك غرم بسبب مال القراض، فهو ملتزم متعد فى التزامه، فكان عليه غرمه.

* * *

التعدى فى القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِك فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالا قِرَاضًا، فَعَمِلَ فِيهِ، فَرَبِحَ ثُمَّ اشْتَرَى مِنْ رِبْحِ الْمَالِ أَوْ مِنْ جُمْلَتِهِ جَارِيَةً، فَوَطِئَهَا، فَحَمَلَتْ مِنْهُ؛ ثُمَّ نَقَصَ الْمَالُ.

قَالَ مَالِك: إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ أُخِذَتْ قِيمَةُ الْجَارِيَةِ مِنْ مَالِهِ، فَيُجْبَرُ بِهِ الْمَالُ، فَإِنْ كَانَ فَضْلٌ بَعْدَ وَفَاءِ الْمَالِ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا عَلَى الْقِرَاضِ الأَوَّلِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَفَاءٌ، بِيعَتِ الْجَارِيَةُ حَتَّى يُجْبَرَ الْمَالُ مِنْ ثَمَنِهَا(١).

الشرح: وهذا كما قال أن من اتباع جارية من مال القراض، فوطئها، فحملت منه، فإن كان له مال أخذت منه قيمتها، ولا فرق فى هذا بين أن يبتاعها من مال القراض على وجه الاستيلاد، وبين أن يكون بيده جارية من مال القراض، فيطؤها، فتحمل منه، قاله ابن حبيب.

واختلف أصحابنا فى القيمة التى تلزمه بذلك، ففى كتاب محمد: يلزمه الأكثر من قيمتها يوم الوطء. وقول ابن حبيب: يلزمه الأكثر من قيمتها أو ثمنها يوم الوطء.

وجه القول الأول أنه إنما تعدى عليها بالوطء، وبه فاتت، فلزمته قيمتها يوم وطئها.

ووجه قول محمد أن رب المال لو أدركها قبل الحمل، لم يمنعها الوطء من أخذها منه وردها إلى القراض، فإذا فاتت بالحمل بعد ذلك، وهو الذى يمنع ردها إلى القراض، وكانت قيمتها يو الحمل أكثر، لزمته قيمتها يوم الحمل.

وإن كانت قيمتها يوم الوطء أكثر، لزمته قيمتها يوم الوطء؛ لأنه وقت ابتداء التفويت فيها، والوطء كان سبب فواتها، وإن كان ثمنها أكثر، لزمه ذلك، لأن الثمن أتلف بالتعدى، وقد رضى بضمانه حين وطئها، وكان ذلك بمنزلة ما لوتسلف ثمنها.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٦٧.

مسألة: وإن كان عديمًا، فتعدى على جارية من القراض، فوطئها، فحملت، كان صاحب المال مخيرًا بين أن يضمنها له، ويتبعه بقيمتها فى ذمته، والقيمة فى ذلك يوم الوطء، وليس له من قيمة ولدها، ولا مما نقصها الوطء شىء، وبين أن تباع عليه جميعًا، إن لم يكن فى المال ربح أو حصته منها إن كان فى المال ربح.

فإن نقص ثمن ما بيع منها من ذلك النصيب الذى يبعث عن قيمتها يوم الوطء، اتبعته بذلك النقصان بنصيبه من قيمة الولد، وإن شاء بنصيبه منها، واتبعه بما يصيبه من قيمة الولد، وهذا على ما اختاره ابن القاسم.

وأما على اختيار أشهب، فإنه من ضمن قيمة أمته بالوطء من شريك أو مقارض، فإنه لا شىء عليه من قيمة ولدها.

وجه قول ابن القاسم أن القيمة إنما يحكم بها عليه يوم الحكم، فما كان فيها من ولد قبل ذلك، فهو لصاحب المال.

ووجه قول أشهب أن القيمة إنما تكون يوم الوطء، فيجب أن يسقط فيها ما كان من نماء بعد ذلك، فراعى ابن القاسم يوم التقويم، وراعى أشهب يوم القيمة، والله أعلم.

مسألة: فإن كان معدمًا، وتسلف من مال القراض، فاشترى جارية، فأحبلها، فالذى قاله مالك أن رب المال مخير بين أن يجيز له ذلك، وبين أن تباع له فى المال الذى تسلف. وروى ابن القاسم أنه يتبع ذمته فى العدم بقيمتها ولا تباع.

وجه الرواية الأولى أن هذا دفع المال إليه على وجه التنمية لرب المال، فليس له أن ينفرد بالانتفاع به. أصل ذلك إذا أبضع معه مالا يشترى به ما وجد له، فاشترى به جارية، فأحبلها، أو ثوبًا يختص به.

ووجه الرواية الثانية أنه إنما استسلف عينًا، وعليها وقع تعديه، فكان ما اشترى فيه للمتعدى لاسيما وقد تسبب بحرمة العتق، فإذا لزمته القمية، فلم أمنع صاحب المال من عوضه؛ لأنه لم يدفع إليه المال ليشترى به جارية، وإنما دفعه إليه ليطلب الربح، فإذا حكمت له بالقيمة، فقد مضى له بحصته من الربح، ولو اشترى المودع بالوديعة جارية، فحملت منه، فلا تباع عليه فى يسر ولا عسر.

والفرق بين الوديعة وبين القراض والبضاعة، أن الوديعة لم توضع عنده للتنمية،

فيكون قد قصد إلى إبطال غرض صاحبها عنها، وإنما جعلت عنده للحفظ، وتسلفها لا ينافي حفظها على قول مالك؛ لأن للمودع أن يتسلفها، والوديعة والقراض إنما دفعا إليه للتنمية، فإذا تسلفها، فقد قصد إلى إبطال غرض صاحب المال منها، فلم يكن له ذلك، يبين ذلك أنه لو ابتاع بمال القراض أو البضاعة ثوبًا لنفسه، لم يكن أحق به من رب المال، ولو ابتاع بالوديعة ثوبًا لنفسه، كان أحق به من رب المال، والله أعلم.

مسألة: فإن وطء العامل جارية من المال القراض، فلم تحمل، أو تسلف من مال القراض، فاشترى جارية فوطئها، فلم تحمل، فإن كانت عينًا، فرب المال مخير بين أن يضمنه قيمتها وبين أن يتركه، قاله مالك فى الذى تسلف من مال القراض، فاشترى به جارية. ومعنى ذلك أنه يضمنه قيمتها يوم الوطء أو يلزمه إياها بالثمن.

ووجه ذلك أن صاحب المال لو أدركها قبل الوطء، لكان له ردها إلى مال القراض، فلما فاتت بالوطء، لم يكن له ذلك، وكان له أن يلزمه القيمة يوم الفوت أو يسوغ الاستسلاف، فيطالب بالثمن، فإن كان معسرًا، فالذى روى ابن القاسم عن مالك أنها تباع فيما لزمه من القيمة.

ووجه ذلك أنه قد فات استرجاعها إلى مال القراض بالوطء لما له فى ذلك من الشبهة التى أسقطت الحد لما فى ذلك من إعارة الفروج، ولم يفت بيعها عليه، فلصاحب المال أن يبيعها عليه فيما لزمه من القمية، أو يؤخر ذلك عليه أو يطالبه بالثمن عاجلاً يبعها به أو مؤجلاً يتبعه به، وهذا حكم البضاعة إذا ابتاع بها، فوطئها، فإنه يفوت بالوطء ردها إلى البضاعة، وبالله التوفيق.

قَالَ مَالِك فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالا قِرَاضًا، فَتَعَدَّى فَاشْتَرَى بِهِ سِلْعَةً وَزَادَ فِي ثَمَنِهَا مِنْ عِنْدِهِ.

قَالَ مَالِك: صَاحِبُ الْمَالِ بِالْخِيَارِ إِنْ بِيعَتِ السِّلْعَةُ بِرِبْحٍ أَوْ وَضِيعَةٍ أَوْ لَمْ تُبَعْ إِنْ شَاءَ أَنْ يَأْخُذَ السِّلْعَةَ أَخَذَهَا وَقَضَاهُ مَا أَسْلَفَهُ فِيهَا، وَإِنْ أَبَى كَانَ الْمُقَارِضُ شَرِيكًا لَهُ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ فِي النَّمَاءِ وَالنُّقْصَانِ بِحِسَابِ مَا زَادَ الْعَامِلُ فِيهَا مِنْ عِنْدِهِ[1].

---

(١) قال فى الاستذكار ٢١/١٦٤: هذا قول الشافعي، وأبى حنيفة إن أقر رب المال بالزيادة، أو أقيمت بذلك بينة. وأما مالك، فالعامل مصدق عنده أبدًا، إذا جاء بما نسيه. وروى ابن القاسم عن مالك أنه قال: لا بأس أن يخلط المال القراض بماله، يكون به شريكًا. =

الشرح: قوله: «**إذا تعدى، فاشترى به سلعة، وزاد فى ثمنها**» يقتضى أنه فعل ما لا يجوز فعله، والشراء بأكثر من رأس مال القراض يقع على أربعة أوجه، منها ما هو نقد، ومنها ما ليس بنقد، أحدهما: أن يكون بيده مال لنفسه أو لغيره، وغير صاحب مال القراض، فيريد أن يشرك بين المالين، فهذا ليس بمتعد فيه، وهو جائز بغير إذن رب المال، ولا اشتراط حين عقد القراض.

فإن شرط ذلك حين عقد القراض، فاختلف أصحابنا فيه، ففى المدونة عن ابن القاسم، المنع منه. وروى ابن حبيب عن مطرف وابن القاسم، إجازته إذا شرط رب المال على العامل، قاله مالك وقال أشهب: ما لم يقصدا فيه استقرار الربح لقلة مال القراض، وكثرة المال الآخر.

وجه ما فى المدونة ما احتج به ابن القاسم من أن رب المال يشترط فى ذلك استقرار الربح بمال العامل، والانتفاع به؛ لأن التجارة بكثرة المال أشد تأتيًا والأرباح أغزر وأمكن، وإذا منع من ذلك صاحب المال، وجب أن يكون يمنع العقد وجوده فيه.

ووجه الرواية الثانية أن اشتراط رب المال له لا تهمة فيه؛ لأنه لا يأخذ إلا ربح ماله.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى أن اشتراط رب المال لا تهمة فيه؛ لأنه لا يأخذ إلا ربح ماله النقد من اشتراط العامل له فعله بغير شرط، فلم يؤثر اشتراطه غير ما يقتضيه العقد.

فرع: فإن قلنا بالمنع من ذلك، وشرط ذلك لرب المال؛ فهل يفسخ أم لا؟ قال أصبغ فيمن أخذ قراضًا: يشترط أن يخلطه بماله أو على إن شاء خلطه بغير شرط الأول أشد، فإن فعلا لم يفسخ به القراض فى الوجهين، وليس بحرام.

- قال ابن القاسم: وإذا أخذ مائة دينار قراضًا، فاشتروا سلعة بمئتى دينار نقدا، المائة من عنده، والمائة القراض كان شريكا فى السلعة، ولا خيار لرب المال فى أن يدفع إليه المائة الثانية، وإن كانت المائة التى زاد أخذها سلفا على القراض، فرب المال بالخيار إن شاء أجاز إليه، ودفع إليه ما زاد، وإن شاء لم يجز ذلك، وكان معه شريكا.

قال أبو عمر: اتفق الشافعى، والليث، وأبو حنيفة فى العامل يخلط ماله القراض بغير إذن رب المال أنه ضامن إلا أن يأخذ. قال: إن قيل له: اعمل فيه برأيك، فخلطه لم يضمن. فقال مالك: له أن يخلطه بغير إذن رب المال بماله، وبمال غيره. وهو قول الأوزاعى. وقال مالك: إن دفع إليه الفاعل أن يخلطها الفاعل بألف له، وله فى الربح الثلثان، فلا يصلح. رواه ابن القاسم عنه. وروى عنه أشهب أنه لا بأس بها. قال: قال لى مالك: إياك، وهذا التخليط. انتهى.

مسألة: والوجه الثانى: أن يسلفه صاحب المال ما يزيده فى ثمن السلعة، فهذا هو متعد فيه. وقال مالك: إن رب المال بالخيار، بيعت السلعة بربح أو وضيعة أو لم تبع، بين أن يأخذ السلعة، ويقتضى ما أسلفه فيها، وبين أن يكون المقارض شريكًا له بحصته من الثمن فى النماء والنقصان، بحسب ما زاد العامل فيها من عند نفسه.

وقال ابن القاسم فى المدونة: إن كان ما أسلفه العامل رب المال صبغ به الثياب أو قصرها، فإن رب المال مخير بين أن يدفع إليه ما أقرضه، فيكون على القراض أو يكون شريكًا بما أدى، ويكون الربح والخسارة بينهما على ذلك.

وقال غير ابن القاسم: رب المال مخير بين أن يدفع إليه ما أدى، فيكون رب المال شريكًا به لمال القراض، فإن كان نماء أو نقص، قصر على قيمة الصبغ ورأس المال أو يكون للعامل فيه أجرة المثل، وبين أن يضمنه الثياب التى طرزها وقصرها بماله، وبين أن يكون العامل شريكًا له بقيمة الصبغ من قيمة الثياب.

وجه قول ابن القاسم، أن العامل لما صرف ما صبغ به، وقصر فى مال القراض، كان الظاهر أنه إنما أسلفه رب المال ليلحقه بالقراض، فإن رضى ذلك رب المال كان من جملة القراض، وإن رد ذلك عليه كان العامل شريكًا له؛ لأنه إنما أنفقه وصرفه على وجه التجارة وطلب الربح فيه، وليس له أن يضمنه الثياب؛ لأنه لم يتعد فيها بل عمل فيها ما كان له أن يعمل.

ووجه قول الغير، أن العامل إذا أسلف رب المال، وقبض صاحب المال السلف، كان بمنزلة أن يكون رب المال دفع ذلك المال الذى طرز به وصبغ من عنده، ولو فعل ذلك لكان شريكًا به لمال القراض؛ لأنه لم يأذن له فى أن يلحقه بالقراض، وإنما يكون للعامل فى ذلك أجر مثله، وإن أبى رب المال من قبول السلف، جاز له أن يضمنه الثياب؛ لأنه قد تعدى بخلط ماله بمال القراض بعد الشراء به، فى وقت لا يجوز له خلط ماله به.

مسألة: فإن كان ما أسلفه اكترى به على مال القراض، فإن العامل لا يكون به شريكًا، وإن ذلك له دين فى مال القراض، فإن لم يبق من مال القراض شىء، فلا شىء له.

ووجه ذلك ما احتج به ابن القاسم أن الصبغ يحسب فى رأس المال، وله حظ من الربح لمن باع مرابحة، والكراء لا يحسب له ربح؛ لأنه غير سلعة قائمة فى البز، وإنما يكون شريكًا بالسلعة القائمة.

فرع: فإذا أضاف إلى مال القراض ما يكون به شريكًا كالصبغ والقصارة، فذهب المال إلى قدر ما أضاف إليه، فإنه لا يكون له منه إلا بقدر حصته، وإن كان ما أضافه إليه لا يكون به شريكًا كالكراء، فتلف المال إلا بقدر الكراء، فإنه أحق به، قاله ابن المواز. ووجه ذلك أن ثمن الصبغ والقصارة، هو به شريك، والكراء سلف.

قال القاضى أبو الوليد: وعندى أن له أخذه من مال القراض؛ لأنه قضى عنه ما لزمه كمن قضى عن غيره بغير أمره، فيكون له ذلك فى مال القراض.

مسألة: والوجه الثالث: أن يقرض مال القراض. والوجه الرابع: أن ينفق، ولم يقصد شيئًا من ذلك.

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِك فِي رَجُلٍ أَخَذَ مِنْ رَجُلٍ مَالا قِرَاضًا، ثُمَّ دَفَعَهُ إِلَى رَجُلٍ آخَرَ، فَعَمِلَ فِيهِ قِرَاضًا بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ: إِنَّهُ ضَامِنٌ لِلْمَالِ، إِنْ نَقَصَ، فَعَلَيْهِ النُّقْصَانُ، وَإِنْ رَبِحَ فَلِصَاحِبِ الْمَالِ شَرْطُهُ مِنَ الرِّبْحِ، ثُمَّ يَكُونُ لِلَّذِى عَمِلَ شَرْطُهُ بِمَا بَقِيَ مِنَ الْمَالِ[1].

الشرح: وهذا كما قال أن من دفع إلى رجل مالاً قراضًا، ثم دفعه العامل إلى رجل آخر، فعمل فيه على القراض دون إذن صاحب المال، فإنه لا يجوز أن يدفعه إليه، وهو على حاله لم ينقص، ولم يزد أو يدفعه إليه، وقد دخله زيادة أو نقص، فإن دفعة إليه، وهو على حاله، فدخله نقص بيد الثانى، فالأول ضامن؛ لأنه متعد فى دفع المال إلى غيره، فلزمه الضمان بذلك التعدى.

مسألة: فإن كان ماله غير ما كان عليه، فلا يخلو أن يكون دخله زيادة أو نقص، فإن دخلته زيادة، وكان أعطاه على مثل ما أخذه عليه من القراض، فإن صاحب المال يقاسم العامل الثانى، على حسب ما كان يقاسم عليه الأول، ثم يأخذ العامل الأول من الثانى ما كان يأخذ من المال لو قاسم صاحبه يوم دفعه إلى الثانى، ويكون رأس المال عند الثانى ما دفعه إليه الأول من المال وربحه، ويكون للعامل الأول نصيبه من الربح الذى ظهر عنده، وأسلمه إلى العامل الثانى.

مسألة: ولو دخل المال نقص بيد العامل الأول، ثم أخذه الثانى على مثل ذلك الربح، فربح، فعند ابن القاسم، أن رأس المال بيد الثانى ما كان رأس المال عند الأول، وعند الغير، أن رأس المال هو ما صار إلى العامل الثانى من المال.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/١٦٥.

وذلك مثل أن يكون رأس المال ثمانين، فيضيع منه عند العامل الأول أربعون، ويدفع إلى العامل الثانى أربعين، فصارت بعمل الثانى مائة، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: إن صاحب المال يأخذ رأس ماله ونصف ما بقى باسم الربح، وذلك عشرة، ويأخذ العامل الثانى العشرة الباقية، ويرجع على العامل الأول ببقية ماله من الربح؛ لأن الربح فى حقه ستون له منها النصف، وذلك ثلاثون.

قال سحنون: وقال غيره: بل رأس المال ما بيد العامل، وذلك أربعون، ثم يأخذ نصف الربح، وذلك ثلاثون، ثم يرجع صاحب المال على العامل الأول، وإن كان أتلف الأربعين بعد أخذها منه، فيكمل له مائة وعشرة، وإن كانت تلفت بغير نقد رجع عليه بعشرين، وقد أخذ سبعين، فيكمل عنده رأس ماله، وربحه تسعين.

ووجه قول ابن القاسم أن أصل المال وربحه على ملك صاحب المال، فهو أحق به من العامل حتى يستوفى رأس ماله وربحه على ما أعطاه عليه، ويد العامل ليست بيد تملك، ولا مسلم إليها بحق، بل إنما صار إليه المال بالتعدى، وهو مقر بأصل المال، وإن كان أتلف الأربعين منه وربحه لصاحبه.

وهذا هو الظاهر من قول مالك فى الأصل أن لصاحب المال شرطه من الربح، ثم يكون للذى عمل شرطه بما بقى من المال، فجعل صاحب المال مقدمًا بأخذ ماله بأصل عقد القراض، وما شرطه فيه، ثم يأخذ بعده العامل للثانى؛ لأن «ثم» للترتيب، والله أعلم.

ووجه قول الغير، أن المال بيد العامل الثانى علي وجه القراض، فكان أحق بما يدعيه من ربحه كما لو اختلف العامل وصاحب المال فى الربح، فإن القول قول العامل، والله أعلم.

مسألة: فإن أخذ المال العامل الثانى على غير الجزء الذى أخذه عليه العامل الأول، وذلك مثل أن يأخذه الأول على النصف، فيدفعه إلى الثانى على الثلثين، فى المدونة، قال ابن القاسم: هو ضامن عند مالك.

فإن ربح الثانى، فرب المال أولى بثلثى الربح بجميع نصف الربح، وللعامل الثانى النصف، ثم يرجع على العامل الأول بالسدس الذى بقى له، ويجىء على قول الغير، أن العامل الثانى أولى بثلثى الربح، ثم يرجع صاحب المال على العامل الأول بتمام ما يجب له من الربح، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**إن ربح، فلصاحب المال شرطه من الربح**» يريد أنه أولى به من العاملين على ما تقدم.

وقوله: «**ثم يكون للذى عمل شرطه مما بقى من المال**» يريد أنه إنما يأخذ بعد استيفاء صاحب المال ما شرطه، فيأخذ هذا ما شرط أيضًا من باقى المال، وذلك يكون على وجهين، أحدهما: أن يكون فى المال ربح من تجارته، فيأخذه، وهذا إنما يكون إذا قبض للثانى رأس المال كاملاً، فتكون «**من**» فى قوله: «**مما بقى**» زائدة.

والوجه الثانى أن يكون أخذه، وفيه نماء وتجارة الأول، فيأخذ الثانىماله من الربح الذى ربحه من جملة الربح الذى له وللعامل الأول، فتكون «من» فى قوله: «مما بقى» للتبعيض.

وأما لو أخذه الثانى من الأول، وقد نقص عن رأس المال لما كان فيما بقى ما تستوفى منه حصته من الربح، ويرجع بما بقى من حصته على العامل الأول، وبالله التوفيق.

قَالَ مَالِك فِى رَجُلٍ تَعَدَّى، فَتَسَلَّفَ مِمَّا بِيَدَيْهِ مِنَ الْقِرَاضِ مَالا، فَابْتَاعَ بِهِ سِلْعَةً لِنَفْسِهِ.

قَالَ مَالِك: إِنْ رَبِحَ، فَالرِّبْحُ عَلَى شَرْطِهِمَا فِى الْقِرَاضِ، وَإِنْ نَقَصَ، فَهُوَ ضَامِنٌ لِلنُّقْصَانِ.

قَالَ مَالِك فِى رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالا قِرَاضًا، فَاسْتَسْلَفَ مِنْهُ الْمَدْفُوعُ إِلَيْهِ الْمَالُ مَالا، وَاشْتَرَى بِهِ سِلْعَةً لِنَفْسِهِ: إِنَّ صَاحِبَ الْمَالِ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ شَرِكَهُ فِى السِّلْعَةِ عَلَى قِرَاضِهَا، وَإِنْ شَاءَ خَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا، وَأَخَذَ مِنْهُ رَأْسَ الْمَالِ كُلَّهُ، وَكَذَلِكَ يُفْعَلُ بِكُلِّ مَنْ تَعَدَّى[1].

الشرح: وهذا كما قال أن من أخذ مالاً على وجه القراض، فتعدى ما أمر به، واستسلف لينفرد بربحه، فإن ذلك لا يخلو من أن يظهر عليه قبل أن يبيع ما اشتراه أو بعد ذلك، فإن كان قبل أن يبيعه، فإن الذى دفعه إليه بالخيار بين أن يرده إلى القراض الذى عقداه بينهما أو يسلمه إليه، ويضمنه رأس المال، وإن علم بذلك بعد البيع، فإن

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/١٦٧.

كان ربح، فهو بينهما على ما شرطاه من القراض، وإن كان فيه نقص، ضمنه العامل للتعدى.

ووجه ذلك أن من أخذ مالا على وجه التنمية، فليس له أن يصرفه عن ذلك الوجه إلى ما ينفرد بمنفعته؛ لأن ذلك تصرف فى مال الغير بغير إذنه، ولا وجه نظر له، فإن فعل، فهو متعد، يكون الدافع بالخيار بين أن يصرفه إلى ذلك الوجه الذى دفعه عليه، وبين أن يمضى له تعديه، ويضمنه المال، وكذلك المبضع معه.

فصل: وقوله: «**فى الذى اشترى السلعة لنفسه أن صاحب المال بالخيار إن شاء تركه وإن شاء خلى بينه وبينها**» وهذا كما قال أن من دفع إليه مال على وجه القراض، فتعدى ما أمر به فاستسلفه، واشترى به سلعة ينفرد بها، فإن لصاحب المال أن يتركه فى السلعة.

ومعنى ذلك أن يردها إلى مال القراض، فيكون بربحها بينهما على حكم ما عقدا عليه القراض، وإنما أطلق لفظ الشركة؛ لأن الغالب من صاحب المال أنه لا يرغب فى السلعة إلا إذا كان فيها ربح، وبذلك يكون للعامل فيها شرك.

فصل: وقوله: «**وإن شاء خلى بينه وبينها، وأخذ منه رأس ماله**» يريد أنه يلزمه إياها، ويضمنه ثمنها، وهو رأس ماله فيها، ويكون أخذ منه بأن يجعله مع مال القراض، ويكون بأن ينزع منه مال القراض، إن كانت السلعة جميع مال القراض؛ لأنه إذا أغرمه الثمن صار عينًا، فكان له أخذ ماله منه، ولو كان معظم مال القراض عروضًا، لم يكن له أخذ ذلك منه حتى يتم عمله فيه.

* * *

ما يجوز من النفقة فى القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِك فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالا قِرَاضًا: إِنَّهُ إِذَا كَانَ الْمَالُ كَثِيرًا يَحْمِلُ النَّفَقَةَ، فَإِذَا شَخَصَ فِيهِ الْعَامِلُ، فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ، وَيَكْتَسِيَ بِالْمَعْرُوفِ مِنْ قَدْرِ الْمَالِ، وَيَسْتَأْجِرَ مِنَ الْمَالِ، إِذَا كَانَ كَثِيرًا لا يَقْوَى عَلَيْهِ بَعْضَ مَنْ يَكْفِيهِ بَعْضَ مؤنته، وَمِنَ الأَعْمَالِ أَعْمَالٌ لا يَعْمَلُهَا الَّذِي يَأْخُذُ الْمَالَ وَلَيْسَ مِثْلُهُ يَعْمَلُهَا مِنْ ذَلِكَ تَقَاضِي الدَّيْنِ، وَنَقْلُ الْمَتَاعِ وَشَدُّهُ، وَأَشْبَاهُ ذَلِكَ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ مِنَ الْمَالِ مَنْ يَكْفِيهِ ذَلِكَ، وَلَيْسَ لِلْمُقَارِضِ أَنْ يَسْتَنْفِقَ مِنَ الْمَالِ، وَلا يَكْتَسِيَ مِنْهُ

مَا كَانَ مُقِيمًا فِي أَهْلِهِ، إِنَّمَا يَجُوزُ لَهُ النَّفَقَةُ إِذَا شَخَصَ فِي الْمَالِ وَكَانَ الْمَالُ يَحْمِلُ النَّفَقَةَ، فَإِنْ كَانَ إِنَّمَا يَتَّجِرُ فِي الْمَالِ فِي الْبَلَدِ الَّذِي هُوَ بِهِ مُقِيمٌ، فَلا نَفَقَةَ لَهُ مِنَ الْمَالِ وَلا كِسْوَةَ(١).

الشرح: وهذا كما قال أن من دفع إلى رجل مالاً على وجه القراض، فلا يخلو أن يكون كثيرًا أو قليلاً، فإن كان كثيرًا، أو كان يعمل به فى الحضر، فلا يخلو أن يكون فى موضع استيطان العامل أو فى غير موضع الاستيطان، فإن كان فى موضع استيطانه، فلا نفقة له فيه، ولا كسوة ولا مؤنة؛ لأن مقامه ليس بسبب المال، وإنما هو لموضع استيطانه، فكانت نفقته عليه، وإن كان فى غير موضع استيطانه، وإنما يقيم به للعمل بالمال، فإن له فيه النفقة والكسوة والمؤنة؛ لأن المال شغله عن الرجوع إلى وطنه، فأوجب مقامه فى غير بلده، قاله ابن القاسم.

مسألة: فإن كان له أهل بذلك البلد، وأهل ببلد آخر مستوطنًا للجهتين، فلا نفقة له ما أقام بالمال فى أحد البلدين؛ لأن مقامه بموضع استيطانه، وذلك يمنع أن تكون نفقته فى مال القراض.

وروى ابن البرقى عن أشهب فى الذى له أهل ببلد صاحب المال وأهل حيث يسافر إليه، وإن له النفقة فى ذهابه ورجوعه، ولا نفقة له مقامه فى أحد الموضعين.

ووجه ذلك أن مسافر السفر ليست بموضع استيطان له، فكانت له فيها النفقة.

مسألة: وإن كانت تجارته فى السفر، فلا يخلو أن يكون السفر من أسفار القرب كالحج والغزو أو من غير أسفار القرب، فإن كان من أسفار القرب، فالذى عليه جمهور أصحابنا أنه لا نفقة له فى مال القراض ذاهبًا ولا راجعًا، وإن كان مقصوده التجارة. وقال ابن المواز: له النفقة فيه ذاهبًا وراجعًا.

وجه قول مالك والجماعة أن هذه مسافة تقطع على وجه البر والقربة، فيجب أن يخلص لذلك، وإن كان القصد والغرض فيه، لم يجز أن تكون نفقته فى مال القراض؛ لأن السفر لسبب غيره، فإنه لا تجب النفقة فيه، وإن كان الخروج له كالسفر إلى موضع الاستيطان.

ووجه ما قاله ابن المواز قوله تعالى: **﴿ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم﴾** [البقرة: ١٩٨]، قال أهل التفسير: معناه التجارة فى الحج.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٦٩.

ومن جهة المعنى أن هذا سفر مقصده بمال القراض إلى موضع غير استيطان، فكانت نفقته فى كثيره كما لو أراد سفرًا مع السفر للقراض.

مسألة: فإن لم يكن السفر من أسفار القربة إلا أنه أراد حاجة من تجارة أو غيرها فى بلد، فلما تجهز أعطاه رجل مالاً قراضًا، فأراد أن يسافر معه، فهل له نفقة فى مال القراض أو لا؟ روى ابن القاسم عن مالك: له نفقته فى مال القراض.

وروى ابن عبدالحكم: لا نفقة له فيه، واختاره ابن المواز.

وجه رواية ابن القاسم أن هذا مال حصلت تنميته بسفر عرا عن القربة، والتوجه إلى الوطن، فكانت نفقة العامل فيه كما لو سافر إلى أهله.

فرع: فإذا قلنا برواية ابن عبدالحكم، إن سفره لم يكن سبب هذا المال، فلم تكن نفقة العامل فيه كما لو سافر إلى أهله.

فرع: فإذا قلنا برواية ابن القاسم، فكيف تكون له النفقة، ينظر، فإن كان أراد الخروج بمال للتجارة له أو لغيره، فإن نفقته على المالين جميعًا، وإن أراد الخروج لحاجة نظر إلى قدر نفقته فى طريقه، فإن كانت مائة، وكان مال القراض تسعمائة، فإن على مال القراض من نفقته تسعة أعشارها وعليه عشرها.

مسألة: وإن سافر بمال القراض إلى بلد هو به مستوطن، فلا نفقة له فى الذهاب وله النفقة فى الإياب.

ووجه ذلك أن غرضه فى الذهاب إلى أهله منعه النفقة من مال القراض ولا غرض له فى رجوعه إلا تنمية المال، فكانت نفقته فيه، وليس كذلك السفر إلى الغزو، فإنه غرضه فى الذهاب الغزو وغرضه فى الرجوع الخروج من بلد الكفر، فمنع ذلك النفقة.

وقد روى ابن البرقى عن أشهب فيمن له أهل ببلد صاحب المال وأهل حيث يسافر، أن له النفقة فى ذهابه ورجوعه، ولا نفقة له فى مقامه فى الموضعين، والذى قاله مالك: لا نفقة له فى الذهاب ولا الإياب. ووجه قول أشهب قد تقدم.

مسألة: ولا يخلو أن يكون السفر بعيدًا أو قريبًا، فإن كان السفر بالمال قريبًا مثل دمياط فى مثل من يخرج لشراء صوف أو سمن، إلا أن يكون ممن يريد المقام لشراء الحبوب وغيرها الشهرين والثلاثة، فإنه ذلك سفر، وإن قرب المكان، فإنه يأكل ويكتسى، فروى عيسى عن ابن القاسم: أنه يأكل ولا يكتسى. ورواه ابن حبيب عن مالك: وقد يكترى منه مركوبًا.

ووجه ذلك أن النفقات التى تختص لقريب المدد، يلزم هذا السفر لقربه كالأكل والركوب، فإن هذه المعانى يحتاج إليها فى قريب السفر لقصر مدته؛ لأنه لا يشترى كسوة ليوم ولا ليومين.

مسألة: وإن كان السفر بعيدًا، فللعامل فى مال القراض مؤنته المعتادة من نفقته، وكسوته، وكراء مسكن، ودخول حمام، وحجامة، وحلق رأس، وغسل ثوب، وغير ذلك من الأمور المعتادة التى لا ينفك عنها الإنسان، رواه أشهب عن مالك فى الحجامة والحمام. وقال أبو حنيفة: ليس له أن ينفق فى حجامة وحمام.

والدليل على صحة ما نقوله أن هذا مما لا ينفك عنه مسافر فى حضر، فكان ذلك من مال القراض. أصله ما يأكل ويكتسى به. وأما الدواء، فليس فى مال القراض؛ لأنه من الأمور التى لا تسعمل على معتاد العادة، وإنما تستعمل على وجه الضرورة والحاجة التى ليست بمعتادة.

مسألة: ونفقته فى ذلك على قدر حاله وحال المال؛ لأن هذه نفقة يعتبر فيها كثرة المال وقلته، فوجب أن يعتبر فيها حال من ينفق عليه كنفقة الزوجات. وأما الكسوة، فإن الذى يلزم مال القراض من كسوة العامل كسوة مثله فى مقامه وسفره.

وقال القاضى أبو محمد: إن الذى له من الكسوة التى لولا الخروج بالمال لم يحتج إليها، والأول أصح؛ لأن ما قاله يبطل بالنفقة للأكل والشرب؛ لأن هذا مما لا يدخله عليه السفر بالمال ومع ذلك، فإنه يجب له فى المال.

فرع: وكم مبلغ المال الكثير، روى ابن المواز عن مالك فى القراض والبضاعة خمسين دينارًا أو أربعين، أن نفقة العامل والمبضع معه وكسوتهما فى بعيد السفر، وفى السفر القريب، نفقته دون كسوته.

مسألة: فإن كان المال يسيرًا لا يحتمل مؤنة العامل فيه، فقد قال مالك: ليس للعامل فيه نفقة، ولا كسوة فى بعيد السفر ولا قريبه.

ووجه ذلك أن المال اليسير لا يحتمل النفقة، ولا يقصد بسببه السفر.

مسألة: فإن شرط رب المال على العامل أن لا ينفق من المال الذى يحتمل النفقة فى سفر بعيد، ففى كتاب محمد عن مالك: لا يجوز. قال ابن القاسم: فإن وقع، فهو أجير.

ووجه ذلك أن صاحب المال اشترط زيادة لا يقتضيها مطلق عقد القراض، فوجب

أن يفسد القراض كما لو اشترط فى ذلك المقدار من الربح لنفسه خالصًا.

فصل: وقوله: «**ويستأجر من المال إذا كان كثيرًا لا يقوى عليه بعض من يكفيه بعض مؤنته**» يريد إذا كان المال كثيرًا، جاز أن يستأجر منه من يعينه على حفظه والقيام به؛ لأن هذا سنة هذا المال فى القراض، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**ومن الأعمال أعمال لا يعملها الذى يأخذ المال، وليس مثله يعملها**» يريد أن بعض الأعمال لا يعملها المقارض من القصارة، والصبغ والخياطة، وإنما جرت العادة أن يعملها الصناع، ومنها ما لا يعملها مثل المقارض، وإن كانت مما يمكن أكثر الناس عملها كالشد والطى والنقل، فمثل هذا يحكم فيه المعتاد المعروف، وقد يكون من العمال من له الحال والمعروف والتصاون، فيحمل على عادته.

فصل: وقوله: «**وتقاضى الدين**» يريد حقه والمطالبة به. وأما قبضه فهو مما يختص به العامل، ويحتمل أن يريد به قبض الأجير المأمون الدراهم اليسيرة، فيأيته بها وما أشبه ذلك، والله أعلم.

قَالَ مَالِك فِى رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالا قِرَاضًا، فَخَرَجَ بِهِ وَبِمَالِ نَفْسِهِ، قَالَ: يَجْعَلُ النَّفَقَةَ مِنَ الْقِرَاضِ وَمِنْ مَالِهِ عَلَى قَدْرِ حِصَصِ الْمَالِ[1].

الشرح: وهذا كما قال إذا سافر العامل بمال القراض وبمال آخر، وأنشأ السفر لهما، فإن نفقته ومؤنته عليهما؛ لأن سفره كان بسببهما. وقد اختلف أصحابنا فى مطلق عقد القراض، هل يقتضى السفر بالمال، فالمشهور من مذهب مالك أن ذلك مباح للعامل بمطلق العقد، وبه قال الشافعى، وهى رواية عن أبى حنيفة. وقال ابن حبيب: ليس له ذلك إلا بإذن رب المال. وقد روى ذلك عن أبى حنيفة.

ووجه القول الأول أن اسم العقد مأخوذ منه؛ لأن المضاربة مأخوذة من الضرب فى الأرض، قال الله تعالى: ﴿**وآخرون يضربون فى الأرض يبتغون من فضل الله**﴾ [المزمل: ٢٠]، فإذا كان معنى المضاربة السفر، فمحال أن ينافيه مطلق عقد المضاربة.

ومن جهة المعنى أن هذا وجه مقصود من وجوه التنمية. أصل ذلك سائر أنواع التجارة.

ووجه القول الثانى أن هذا مأذون له فى الشراء بعقد جائز، فلم يكن له السفر بمطلق العقد كالوكيل على الشراء.

---
(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/١٧٠.

فرع: فإذا قلنا بالقول الأول، فهل يختص ذلك بمقدر من المال، المشهور من مذهب مالك أن ذلك سواء فى قليل المال وكثيره. وقال سحنون: أما المال اليسير، فليس له أن يسافر به سفرًا بعيدًا إلا بإذن ربه.

وجه ذلك أن المال اليسير لا يحتمل الإنفاق منه فى السفر، فلم يقتض سفرًا ينفق العامل فيه من مال القراض، والله أعلم.

* * *

ما لا يجوز من النفقة فى القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِك فِي رَجُلٍ مَعَهُ مَالٌ قِرَاضٌ، فَهُوَ يَسْتَنْفِقُ مِنْهُ وَيَكْتَسِي: إِنَّهُ لا يَهَبُ مِنْهُ شَيْئًا، وَلا يُعْطِي مِنْهُ سَائِلا وَلا غَيْرَهُ، وَلا يُكَافِئُ فِيهِ أَحَدًا، فَأَمَّا إِنِ اجْتَمَعَ هُوَ وَقَوْمٌ فَجَاءُوا بِطَعَامٍ، وَجَاءَ هُوَ بِطَعَامٍ، فَأَرْجُو أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ وَاسِعًا، إِذَا لَمْ يَتَعَمَّدْ أَنْ يَتَفَضَّلَ عَلَيْهِمْ، فَإِنْ تَعَمَّدَ ذَلِكَ أَوْ مَا يُشْبِهُهُ بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِ الْمَالِ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَتَحَلَّلَ ذَلِكَ مِنْ رَبِّ الْمَالِ، فَإِنْ حَلَّلَهُ ذَلِكَ، فَلا بَأْسَ بِهِ، وَإِنْ أَبَى أَنْ يُحَلِّلَهُ، فَعَلَيْهِ أَنْ يُكَافِئَهُ بِمِثْلِ ذَلِكَ، إِنْ كَانَ ذَلِكَ شَيْئًا لَهُ مُكَافَأَةٌ[1].

الشرح: وهذا كما قال أن من كانت نفقته وكسوته فى مال القراض، فليس له أن يتعدى ذلك إلى الهبة منه والتفضل على الناس.

وأما قوله: «**ولا يعطى منه سائلا ولا غيره**» فيحتمل أن يريد بذلك أنه لا يعطى منه من سأل الدراهم والثياب. وأما أن يعطى منه الكسوة والقطعة للسائل الراضى بالدون المتكفف للناس، فلا بأس بذلك.

فصل: وقوله: «**فأما إن اجتمع هو وقوم، فجاءوا بطعام، وجاء هو بطعام، فأرجو أن يكون ذلك واسعًا، إذا لم يتعمد أن يتفضل عليهم**» يريد أن يفعل هو وأصحابه ورفقاؤه وما جرت به عادة الرفقاء أن يتخارجوه فى النفقات، فيخرج كل إنسان منهم بقدر ما يتعاون فيه، ثم ينفقون منه فى طعامهم وغير ذلك مما تشملهم الحاجة إليه، فإن ذلك جائز.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٧٢/٢١، وقال: هذا الباب ليس فيه اختلاف، والأصل المجتمع عليه أن المال القراض لم يعطه العامل ليهبه، ولا ليتصدق به، ولا ليتلفه، وإنما أعطيه ليثمره، ويطلب فيه الربح والنماء، ولا يعرضه للهلاك والتوى، وهذا ما لا اختلاف فيه بين العلماء.

وإن كان منهم من يأكل فى بعض الأوقات أكثر من صاحبه ومن يصوم فى يوم دون رفقائه؛ لأن ذلك مما تدعو الحاجة إليه فى السفر؛ لأن انفراد كل إنسان منهم يتولى طعامه يشق عليه، ويشغله عما هو بسببه من أمر سفره.

فإذا ترافق جماعة، تولى كل إنسان منهم من العمل لنفسه وإصحابه ما يرتفق به الجماعة، وعلى ذلك كان الصحابة، وعمل المسلمين إلى هلم جرا، لا يعد ذلك تفضلاً من بعضهم على بعض، وكذلك أن ما يرتفق به الجماعة جاء كل واحد منهم بطعام، فأكلوا جميعًا فى سفرهم، وإن كان بعض ذلك أكثر بعض.

ولا يعد ذلك تفضلاً من العامل إذا كان من الأمر المعروف، وإنما يكون تفضلاً إذا أتى بأمر يستنكر من ذلك، ويخرج عن العادة، فهذا لا يجوز للعامل فعله؛ لأنه ليس فيه تنمية لمال التجارة، فإن فعل شيئًا من ذلك وجب عليه أن يتحلل من صاحب المال إما بأن يجعله فى حل ويمضى فعله. وإما بأن يحتسب بقدر التفضل على نفسه.

* * *

الدين فى القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالا قِرَاضًا، فَاشْتَرَى بِهِ سِلْعَةً، ثُمَّ بَاعَ السِّلْعَةَ بِدَيْنٍ، فَرَبِحَ فِي الْمَالِ، ثُمَّ هَلَكَ الَّذِى أَخَذَ الْمَالَ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ الْمَالَ، قَالَ: إِنْ أَرَادَ وَرَثَتُهُ أَنْ يَقْبِضُوا ذَلِكَ الْمَالَ، وَهُمْ عَلَى شَرْطِ أَبِيهِمْ مِنَ الرِّبْحِ، فَذَلِكَ لَهُمْ إِذَا كَانُوا أُمَنَاءَ عَلَى ذَلِكَ، فَإِنْ كَرِهُوا أَنْ يَقْتَضُوهُ وَخَلَّوْا بَيْنَ صَاحِبِ الْمَالِ وَبَيْنَهُ، لَمْ يُكَلَّفُوا أَنْ يَقْتَضُوهُ، وَلا شَيْءَ عَلَيْهِمْ، وَلا شَيْءَ لَهُمْ إِذَا أَسْلَمُوهُ إِلَى رَبِّ الْمَالِ، فَإِنِ اقْتَضَوْهُ فَلَهُمْ فِيهِ مِنَ الشَّرْطِ وَالنَّفَقَةِ مِثْلُ مَا كَانَ لأَبِيهِمْ فِي ذَلِكَ، هُمْ فِيهِ بِمَنْزِلَةِ أَبِيهِمْ، فَإِنْ لَمْ يَكُونُوا أُمَنَاءَ عَلَى ذَلِكَ، فَإِنَّ لَهُمْ أَنْ يَأْتُوا بِأَمِينٍ ثِقَةٍ، فَيَقْتَضِي ذَلِكَ الْمَالَ، فَإِذَا اقْتَضَى جَمِيعَ الْمَالِ وَجَمِيعَ الرِّبْحِ، كَانُوا فِي ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ أَبِيهِمْ[١].

الشرح: وهذا كما قال أن العامل إذا توفى بعد أن يشغل مال القراض، فإن حق عمله فيه يكون لورثته، فليس لرب المال أن ينتزعه من ورثته بعد ذلك؛ لأن ذلك حق لهم فى المال انتقل إليهم عن موروثهم.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٧١.

مسألة: وشغل المال أن يشترى بجميعه أو بالأكثر منه، فليس لصاحب المال بعد ذلك أن يأخذه من ورثته إن أرادوا العمل فيه إلا بعد أن يعملوا فيه بمقدار ما كان لموروثهم؛ لأنهم قد حلوا محله.

مسألة: فأما إذا اشترى به زاده وكسوته أو اكترى راحلة ليسافر، ثم توفى ميل أن يسافر، فإن لرب المال أن يأخذ ماله، ويأخذ ما ابتاع من نفقة وكسوة، ولا رجوع له فى مال الميت إن دخل ذلك نقص عما ابتاعه به، وليس للورثة أن يقولوا: لابد أن نعمل فيه؛ لأن موروثهم لو كان حيًا، لم يكن له ذلك؛ لأن حقه لم يتعلق بعدمه.

مسألة: وأما إن سافر به، ولم يبتع به شيئًا، فروى ابن المواز: لرب المال إن مات، وقد سافر العامل بمال، فليس للوارث انتزاعه منه، وإن التزم نفقته.

وروى أبو زيد عن ابن القاسم فى العتبية: أن العامل إذا أشخص بالمال، ثم أخذه منه صاحب المال، أن نفقته فى الرجوع على رب المال، فعلى رواية محمد أن السفر عمل فى مال القراض. وعلى رواية أبى زيد، ليس ذلك بعمل.

وجه القول الأول أن التجارة عمل مقصود وتصرف معتاد للتجارة، فمنع أخذ مال القراض كالشراء والبيع.

ووجه القول الثانى أن المال باق على حاله لم يتغير، فكان لرب المال أخذه. أصله إذا لم يسافر.

فصل: وقوله: «**فإذا اشترى سلعًا، فباعها بربح**» يريد أن صاحب المال أذن فى البيع بالدين؛ لأن صاحب المال يجوز له أن يأذن فى أن يبيع بالدين والعرض، ولا يجوز أن يأذن له أن يبتاع بدين عليه.

ووجه ذلك أنه إذا باع بدين لم تخرج تجارته عن مال القراض، وإذا اشترى بدين خرج عمله عن مال القراض، فيعود ذلك بالجهل برأس مال القراض بزيادة يزدادها على العامل.

مسألة: وليس للعامل أن يبيع بنسيئة إلا بإذن رب المال خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: ذلك بمطلق العقد.

ودليلنا على صحة ما نقوله أن هذا عقد يقتضى الأمر بالبيع والشراء، فلم يقتضى مطلقه الأجل كالوكالة على البيع والشراء.

مسألة: فـإن شـرط البيـع بالنسيئة، فهـو علـى ضربـين، أحدهمـا: أن يشـترط علـى العامل، وذلك غير جائز؛ لأنها زيادة عمل على العامل اشـترطه رب المـال. والثـانى: أن يأذن له فيه، فإن ذلك جائز، فإن باع به ثـم فسـخا القـراض، كـان علـى العـامل قبـض الديون، كان فى المال ربح أو خسارة، وبه قال الشافعى.

قال أبو حنيفة: إن كان فى المال ربح، لزمه قبـض الديـون، فـإن لـم يكـن فـى المـال ربح، لم يلزمه ذلك.

والدليل على ما نقوله أن هذا دين من مـال القـراض، فـلزم العـامل قبضـه. أصلـه إذا كان فى المال ربح.

فصل: وقوله: «**ثم هلك الذى أخذ المال قبل أن يقبض المال**» يريد هلك العامل قبـل أن يقبض ما باع بالدين، «**فإن لورثته أن يقبضوا ذلـك المـال، ولهـم فيـه شـرط أبيهـم**» يريد من قدر الربح وغير ذلك من النفقة والكسوة، إن وجب ذلك.

فصل: وقوله: «**إذا كانوا أمناء على ذلك**» وصفة العامل الذى يرفع المال مـن الورثـة أو من غيرهم، أن يكون مأمونًا على مثله عالمًا بالعمل فيـه والحفـظ لـه؛ لأن ذلـك كلـه من الصفات المعتبرة فى العامل؛ لأنه إن كان مأمونًا، ولم يكن بصيرًا بالعمل والتجـارة، خسر فى المال، ولم ينتفع بأمانته.

مسألة: فإن لم يكونوا أمناء، ولم يأتوا بأمين، وأرادوا ترك العمل، لم يكن لهـم مـن ربحه شيء، ولا كان عليهم من خسارته، قليل ولا كثير، ولا كلفـوا قبضـه ولا صرفـه عينًا.

والفرق بينهم وبين العامل إذا شغل المال بسلع، ليس له ترك المال حتى يصـيره عينًـا، أن العامل قد التزم ذلك، وهؤلاء لم يلتزموا، إنما لهم ما ترك موروثهم من حـق، وليـس عليهم ما ترك من عمل، ودين العامل ما عليه من الحقوق كمـا لـه استيفاء مالـه منهـا، والله أعلم.

قَالَ مَالِك فِى رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالا قِرَاضًا عَلَى أَنَّهُ يَعْمَلُ فِيهِ، فَمَا بَاعَ بِهِ مِـنْ دَيْنٍ، فَهُوَ ضَامِنٌ لَهُ: إِنَّ ذَلِكَ لازِمٌ لَهُ، إِنْ بَاعَ بِدَيْنٍ، فَقَدْ ضَمِنَهُ[(١)].

الشرح: وهذا كما قال؛ لأنه إذا اشترط عليه ألا يبيع بالدين، فباع به أنه ضـامن، إن

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/١٧٣.

كانت فيه خسارة؛ لأنه متعد، وكذلك لو اشترط عليه أن ألا ايبيع بالدين، ولم يأذن له فيه، وإن كان فيه ربح، فهو بينهما على شرطهما؛ لأن تعديه فى بيعه بالدين لا يسقط حقه من الربح، والله أعلم.

* * *

البضاعة فى القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِك فِى رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالا قِرَاضًا، وَاسْتَسْلَفَ مِنْ صَاحِبِ الْمَالِ سَلَفًا أَوِ اسْتَسْلَفَ مِنْهُ صَاحِبُ الْمَالِ سَلَفًا أَوْ أَبْضَعَ مَعَهُ صَاحِبُ الْمَالِ بِضَاعَةً يَبِيعُهَا لَهُ أَوْ بِدَنَانِيرَ يَشْتَرِى لَهُ بِهَا سِلْعَةً.

قَالَ مَالِك: إِنْ كَانَ صَاحِبُ الْمَالِ إِنَّمَا أَبْضَعَ مَعَهُ، وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ مَالُهُ عِنْدَهُ ثُمَّ سَأَلَهُ مِثْلَ ذَلِكَ فَعَلَهُ لإِخَاءٍ بَيْنَهُمَا أَوْ لِيَسَارَةِ مَؤُنَةِ ذَلِكَ عَلَيْهِ، وَلَوْ أَبَى ذَلِكَ عَلَيْهِ لَمْ يَنْزِعْ مَالَهُ مِنْهُ أَوْ كَانَ الْعَامِلُ إِنَّمَا اسْتَسْلَفَ مِنْ صَاحِبِ الْمَالِ أَوْ حَمَلَ لَهُ بِضَاعَتَهُ، وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ مَالُهُ فَعَلَ لَهُ مِثْلَ ذَلِكَ، وَلَوْ أَبَى ذَلِكَ عَلَيْهِ لَمْ يَرْدُدْ عَلَيْهِ مَالَهُ، فَإِذَا صَحَّ ذَلِكَ مِنْهُمَا جَمِيعًا، وَكَانَ ذَلِكَ مِنْهُمَا عَلَى وَجْهِ الْمَعْرُوفِ، وَلَمْ يَكُنْ شَرْطًا فِى أَصْلِ الْقِرَاضِ، فَذَلِكَ جَائِزٌ لا بَأْسَ بِهِ، وَإِنْ دَخَلَ ذَلِكَ شَرْطٌ أَوْ خِيفَ أَنْ يَكُونَ إِنَّمَا صَنَعَ ذَلِكَ الْعَامِلُ لِصَاحِبِ الْمَالِ؛ لِيُقِرَّ مَالَهُ فِى يَدَيْهِ أَوْ إِنَّمَا صَنَعَ ذَلِكَ صَاحِبُ الْمَالِ؛ لأَنْ يُمْسِكَ الْعَامِلُ مَالَهُ وَلا يَرُدَّهُ عَلَيْهِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لا يَجُوزُ فِى الْقِرَاضِ، وَهُوَ مِمَّا يَنْهَى عَنْهُ أَهْلُ الْعِلْمِ[1].

---

(١) قال فى الاستذكار ١٧٧/٢١: ما قاله مالك، رحمه الله، فى هذا الباب صحيح واضح؛ لأن الأصل المجتمع عليه فى القراض أن تكون حصة العامل فى الربح معلومة وكذلك حصة رب المال من الربح لا تكون أيضا إلا معلومة، فإذا شرط أحدهما على صاحبه بضاعة يحملها له ويعمل فيها، فقد ازداد على الحصة المعلومة ما تعود به مجهولة؛ لأن العمل فى البضاعة له أجرة يستحقها العامل، فيها قد ازدادها عليه رب المال، والسلف من كل واحد هو فى هذا المعنى إذا كان شىء من ذلك مشترطا فى أصل عقد القراض، وأما أن تطوع منهما متطوع فلا بأس إذا سلم عقد القراض من الفساد. هذا وجه الفقه فى هذه المسألة، وما عداه فاستحباب، وورع وترك مباح خوف مواقعة المحذور، والله أعلم. وهذا المعنى هو قياس قول الشافعى أيضا، والكوفى، وسائر أهل العلم، إن شاء الله.

الشرح: وهذا كما قال أن من أبضع أحدهما مع صاحبه أو استسلف منه شرط كان في أصل القراض، فإن ذلك غير جائز؛ لأن ذلك زيادة ازدادها في القراض ليست من الربح، فلم يصح ذلك.

فإن فعل ذلك من غير شرط، ولكنه فعله بعد عقد القراض، فلا يخلو أن يكون ذلك بعد عمل في المال أو قبله، فإن كان بعد العمل، وكان ذلك لإخاء بينهما ومودة، فهو جائز، وإن كان لإبقاء القراض واستدامته، فهو من باب الهدنة لإبقاء القراض، وذلك ممنوع.

وإن كان قبل العمل، فروى عيسى عن ابن القاسم في العتبية في العامل يسافر بمال القراض، فيقول لصاحبه: لا أنفق من مالك: أنه إن كان المال عينًا بعد، فلا يجوز، وإن كان بعد الشراء أو الشخوص به، فهو جائز؛ لأن المال إذا كان عينًا بعد، ففيه تهمة.

* * *

السلف في القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِك فِي رَجُلٍ أَسْلَفَ رَجُلا مَالا ثُمَّ سَأَلَهُ الَّذِي تَسَلَّفَ الْمَالَ أَنْ يُقِرَّهُ عِنْدَهُ قِرَاضًا.

قَالَ مَالِك: لا أُحِبُّ ذَلِكَ حَتَّى يَقْبِضَ مَالَهُ مِنْهُ ثُمَّ يَدْفَعَهُ إِلَيْهِ قِرَاضًا إِنْ شَاءَ أَوْ يُمْسِكَهُ[(١)].

قَالَ مَالِك فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالا قِرَاضًا، فَأَخْبَرَهُ أَنَّهُ قَدِ اجْتَمَعَ عِنْدَهُ وَسَأَلَهُ أَنْ يَكْتُبَهُ عَلَيْهِ سَلَفًا، قَالَ: لا أُحِبُّ ذَلِكَ حَتَّى يَقْبِضَ مِنْهُ مَالَهُ ثُمَّ يُسَلِّفَهُ إِيَّاهُ إِنْ شَاءَ أَوْ يُمْسِكَهُ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ مَخَافَةَ أَنْ يَكُونَ قَدْ نَقَصَ فِيهِ، فَهُوَ يُحِبُّ أَنْ يُؤَخِّرَهُ عَنْهُ عَلَى أَنْ يَزِيدَهُ فِيهِ، مَا نَقَصَ مِنْهُ فَذَلِكَ مَكْرُوهٌ وَلا يَجُوزُ وَلا يَصْلُحُ[(٢)].

---

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢١/١٨٠، وقال: اختلف الفقهاء في هذه المسألة: فمذهب مالك أنه لا يجوز فإن فعل فالقراض فاسد، وما اشترى وباع فهو العامل الذي كان عليه الدين. وهو قول أبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي.

وقال أبو يوسف، ومحمد: لا يجوز وما اشترى وباع، فهو للآمر، وللمقارض أجر مثله.

(٢) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢١/١٨٠، وقال: قد بين مالك الفقه لكراهية ما كره في هذه المسألة، وسائر أهل العلم على كراهة ذلك، وهو غير جائز عندهم، إلا أن علتهم في=

الشرح: أما الفصل الأول، فقد مضى الكلام فيه. وأما الفصل الثانى، فهـو علـى مـا قال أنه إذا عمل العامل بالمال مدة، ثم أخبر رب المال بمبلغه، وسأله أن يقره عنـده، فـإن ذلك لا يجوز حتى يقبضه منه قبضًا ناجزًا، ثم إن شاء أن يرده إليه قراضًا فعل؛ لمـا قدمـه من تجويز أن يكون قد دخله نقص، فيؤخر عنه ليضمن له النقـض فيـه، فيدخلـه السـلف لزيادة، ويدخله أيضًا فسخ دين فى دين؛ لأن للقراض بعض التعلق بذمته؛ لأنه لو ادّعـى الخسارة فيه، ولم يبين وجهها.

فقد قال بعض أصحابنا: إنه يضمن لو ادّعى تبرئة، لم يضمن، وإذا أسلفه إيـاه، فقـد تعلق على غير الوجه الذى كان متعلقًا به، فهو من باب فسخ الدين فى الدين.

مسألة: وأما إن أحضر العامل المال، فسأل صاحبه أن يخليه عنده قراضًا، ففى كتـاب ابن المواز عن مالك: لا يجوز حتى يقبضه منه، ثم يسلفه إن شاء، ويجىء على قـول ابـن حبيب أن حضور المال بمنزلة قبضه، أن ذلك جائز.

* * *

المحاسبة فى القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِك فِى رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالا قِرَاضًا، فَعَمِلَ فِيهِ فَرَبِحَ، فَأَرَادَ أَنْ يَأْخُذَ حِصَّتَهُ مِنَ الرِّبْحِ، وَصَاحِبُ الْمَالِ غَائِبٌ، قَالَ: لا يَنْبَغِى لَـهُ أَنْ يَـأْخُذَ مِنْـهُ شَيْئًا إِلا بِحَضْرَةِ صَاحِبِ الْمَالِ، وَإِنْ أَخَذَ شَيْئًا، فَهُوَ لَهُ ضَـامِنٌ حَتَّـى يُحْسَـبَ مَـعَ الْمَالِ إِذَا اقْتَسَمَاهُ.

قَالَ مَالِك: لا يَجُوزُ لِلْمُتَقَارِضَيْنِ أَنْ يَتَحَاسَبَا وَيَتَفَاصَلا، وَالْمَـالُ غَـائِبٌ عَنْهُمَـا، حَتَّى يَحْضُرَ الْمَـالُ فَيَسْتَوْفِى صَـاحِبُ الْمَـالِ رَأْسَ مَالِـهِ ثُـمَّ يَقْتَسِمَانِ الرِّبْحَ عَلَـى شَرْطِهِمَا(١).

=ذلك أن الدين لا يعود أمانة حتى يقبض ثم يعاد، وكذلك الأمانة لا تعود فى الذمة ولا تكـون مضمونة إلا بأن يقبضها ربها، ثم يسلفها، فتنتقل إلى الذمة حينئذ.

وكره ابن القاسم أن يقول رب الوديعة للمودع عنده: اعمل بما تراها، ولم يجبره. وكـره أشـهب أن يوقع. وقال ابن المواز: لا بأس به.

ولم يختلفوا فى أنه لا يجوز أن يعمل بالدين قراضًا بإذن صاحبه قبل قبضـه. واختلفـوا إذا أذن لـه رب الدين، فعمل بـه قراضـا. فـروى سـحنون عـن ابـن القاسـم، قـال: الربح والخسـارة جميعـا للمديان، وعليه. وقال أشهب: إن عمل فالخسارة والربح على رب الدين. انتهى.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٧٤.

الشرح: وهذا كما قال أنه ليس للعامل أن يأخذ حصته من الربح إلا بحضرة رب المال وحضرة المال؛ لأن أخذه حصته منه مقاسمة فيه، ولا يجوز أن يتقاسما ربح القراض إلا بعد أن يحصل رأس المال.

ولو حضر المال وصاحبه، فأمره أن يأخذ منه حصته من الربح، ويبقى الباقى عنده على وجه القراض أو تقاسما الربح، ويبقى رأس المال عنده على وجه القراض، ولم يقبضه منه، فقد قال ابن القاسم: لا يصلح ذلك حتى يقبضه منه.

ووجه ذلك أن بقاء المال بيد العامل لا يكون إلا على الوجه الذى قبضه عليه، ولا يخرجه عن ذلك إلا قبضه منه؛ لأن وجه الصحة فى القراض أن يجبر رأس المال بربحه، ولو أمضينا ما اتفقا عليه ما قسماه من الربح على أن يجبر به رأس مال القراض إن دخله نقص، وذلك غير جائز كما لو شرطاه.

فرع: ولو عملا ذلك، فمن قبض منهما شيئًا من الربح، ثم نقص رأس المال، فإنه يرد ما قبض ليجير به رأس المال.

ووجه ذلك رد الربح على ما بنيا عليه عقد القراض الصحيح حين عقداه.

مسألة: ولو أخذ رب المال رأس ماله، وبقى الباقى بيد العامل على القراض، فروى أبو زيد عن ابن القاسم، أن ذلك غير جائز، وهى الآن شركة لا تصلح إلا أن يعملا فيها جميعًا.

ووجه ذلك أنه إذا أخذ رأس ماله، فقد بقى الباقى ملكًا لهما؛ لأنه ليس عمله عن رأس مال، فهما شريكان، ومقتضى الشركة عمل الشريكين.

مسألة: وصفة القسمة أن يحضر المال، فيأخذ صاحب المال من العين مثل ما دفع أو يأخذ به سلعة، إن اتفقا على ذلك، ثم يقسمان الباقى عينًا أو سلعًا إن اتفقا على ذلك، حكاه ابن حبيب عن مالك.

زاد ابن مزين: لا ربح لواحد منهما حتى يحضر المال حضور صحة، ويأخذه صاحبه أخذ مفاصلة، وقطع لما بينهما، ثم إن بدا له أن يرده إليه قراضًا، فهو الذى يفصل بين القراض الثانى والأول.

فأما أن يحضر ويقبضه صاحبه قبضًا على غير صحة ومفاصلة بانقطاع، ثم يرده إليه فى المجلس وفى الفور قراضًا، فهذا بمنزلة ما لم يحضر، ولم يقبض، وهو قراض واحد يجبر الآخر بالأول إن جاءت فيه وضيعة.

ووجه ذلك أنهما إن تشاحا أو شح أحدهما، لم يأخذ صاحب المال إلا مثل ما أعطى، وعلى تلك الصفة يلزم العامل أن يرد جميع المال، فيتفاسخان جميع الربح بعد اقتضاء رأس المال، فإن اتفقا على أن يأخذ برأس ماله سلعة يجوز سلم رأس المال فيها جاز، وكذلك إن اتفقا على قسمة الربح عروضًا على وجه سائغ، فإنه يجوز لهما ذلك.

مسألة: فإن كان المال ديونًا بإذن رب المال أو عروضًا، فيسلم ذلك المال إلى رب المال برضاه بذلك، فهو جائز، قاله ابن القاسم عن مالك فى العتبية، وكتاب محمد، وأنكر ذلك سحنون فى العتبية.

مسألة: ولو صير العامل المال عروضًا، ثم اتفقا على المقاسمة، فقال العامل: أنا آخذ العروض، ولك على رأس مالك أو لك رأس مالك وحصتك من الربح كذا.

قَالَ مَالِك فِى رَجُلٍ أَخَذَ مَالا قِرَاضًا فَاشْتَرَى بِهِ سِلْعَةً، وَقَدْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ، فَطَلَبَهُ غُرَمَاؤُهُ، فَأَدْرَكُوهُ بِبَلَدٍ غَائِبٍ عَنْ صَاحِبِ الْمَالِ، وَفِى يَدَيْهِ عَرْضٌ مُرَبَّحٌ بَيِّنٌ فَضْلُهُ، فَأَرَادُوا أَنْ يُبَاعَ لَهُمُ الْعَرْضُ، فَيَأْخُذُوا حِصَّتَهُ مِنَ الرِّبْحِ، قَالَ: لا يُؤْخَذُ مِنْ رِبْحِ الْقِرَاضِ شَىْءٌ حَتَّى يَحْضُرَ صَاحِبُ الْمَالِ، فَيَأْخُذَ مَالَهُ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ الرِّبْحَ عَلَى شَرْطِهِمَا(١).

الشرح: وهذا كما قال أنه ليس لغرماء العامل على حصته من الربح حتى يقبض صاحب المال رأس ماله، ويقاسمه الربح.

مسألة: فإن قام غرماء رب المال على العامل، وهو غائب، والمال عين، قضى الغرماء دينهم من رأس المال وحصته من الربح، ودفع إلى العامل حصته من الربح، قاله ابن المواز عن مالك.

قال: فإن كان المال سلعًا، لم يحكم لهم بالبيع حتى يرى للبيع وجه، ولا يباع لهم منه دين حتى يقبض، ولو شاء رب المال تعجيل ذلك، لم يكن له ذلك.

وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك أنه فرق بين غرماء العامل وغرماء صاحب المال على نحو ما تقدم. قال عيسى: وإنما عيبة صاحب المال بمنزلة لو لم أن رجلاً أبضع مع رجل بضاعة، فلما قدم بلد الابيتاع، قام عليه غرماء صاحب المال، فأثبتوا دينهم، أن القاضى يقضى لهم بتقاضى البضاعة فى ديونهم، ويكتب للمبضع معه براءة.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/١٨٣.

وهذا الذى قاله، ورواه ابن القاسم عن مالك مبنى على أن العامل يملك حصته من الربح إلا بعد القسمة فلذلك لا يباع المال لغرمائه، ويباع لغرماء رب المال؛ لأن المال كله على ملكه، والله أعلم.

قَالَ مَالِك فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالا قِرَاضًا، فَتَجَرَ فِيهِ، فَرَبِحَ ثُمَّ عَزَلَ رَأْسَ الْمَالِ، وَقَسَمَ الرِّبْحَ، فَأَخَذَ حِصَّتَهُ، وَطَرَحَ حِصَّةَ صَاحِبِ الْمَالِ فِي الْمَالِ بِحَضْرَةِ شُهَدَاءَ أَشْهَدَهُمْ عَلَى ذَلِكَ، قَالَ: لا تَجُوزُ قِسْمَةُ الرِّبْحِ إِلا بِحَضْرَةِ صَاحِبِ الْمَالِ وَإِنْ كَانَ أَخَذَ شَيْئًا رَدَّهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ صَاحِبُ الْمَالِ رَأْسَ مَالِهِ ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ مَا بَقِيَ بَيْنَهُمَا عَلَى شَرْطِهِمَا[١].

الشرح: وهذا كما قال، ولا ينفعه الإشهاد على ذلك؛ لأنه أشهد على فعل ما لا يجوز له فعله، فيجب عليه رد ما أخذه، فإن تجر فيه، فربح، فحصة رب المال فى ذلك الربح، وهو قطعة من مال القراض، ويجبر به نقصه.

ويكون لصاحب المال حصته من ربحه، فإن وقع ذلك، فهو بمنزلة العامل يتسلف شيئًا من مال القراض، فتجر فيه لنفسه، أن صاحب المال بالخيار بين أن يجبر ذلك أو يرده إلى حكم القراض، والله أعلم.

قَالَ مَالِك فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالا قِرَاضًا، فَعَمِلَ فِيهِ فَجَاءَهُ، فَقَالَ لَهُ: هَذِهِ حِصَّتُكَ مِنَ الرِّبْحِ، وَقَدْ أَخَذْتُ لِنَفْسِي مِثْلَهُ، وَرَأْسُ مَالِكَ وَافِرٌ عِنْدِي.

قَالَ مَالِك: لا أُحِبُّ ذَلِكَ حَتَّى يَحْضُرَ الْمَالُ كُلُّهُ، فَيُحَاسِبَهُ حَتَّى يَحْصُلَ رَأْسُ الْمَالِ، وَيَعْلَمَ أَنَّهُ وَافِرٌ وَيَصِلَ إِلَيْهِ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ الرِّبْحَ بَيْنَهُمَا ثُمَّ يَرُدُّ إِلَيْهِ الْمَالَ إِنْ شَاءَ أَوْ يَحْبِسُهُ، وَإِنَّمَا يَجِبُ حُضُورُ الْمَالِ مَخَافَةَ أَنْ يَكُونَ الْعَامِلُ قَدْ نَقَصَ فِيهِ، فَهُوَ يُحِبُّ أَنْ لا يُنْزَعَ مِنْهُ وَأَنْ يُقِرَّهُ فِي يَدِهِ[١].

الشرح: وهذا على ما قال أنه لا يجوز أن يقاسم الربح إلا بعد رد رأس المال وقبض صاحبه له؛ لأننا قد بينا أن العامل لا يملك حصته من الربح إلا بعد القسمة، والربح تبع فى القسمة لرأس المال، لا تصح قسمته إلا بعد ذلك؛ لأن مقتضى القراض أن يجبر رأس المال بالربح، ولو عقدا القراض على خلاف ذلك لم يصح.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/١٨٤.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/١٨٤.

وهذا الحكم ثابت فيه حتى رد إلى صاحبه، ويصير بيديه كسائر أحكامه من كونه أمانة بيديه وغير ذلك.

* * *

جامع ما جاء في القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِك فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالا قِرَاضًا فَابْتَاعَ بِهِ سِلْعَةً فَقَالَ لَهُ صَاحِبُ الْمَالِ: بِعْهَا، وَقَالَ الَّذِي أَخَذَ الْمَالَ: لا أَرَى وَجْهَ بَيْعٍ، فَاخْتَلَفَا فِي ذَلِكَ، قَالَ: لا يُنْظَرُ إِلَى قَوْلِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَيُسْأَلُ عَنْ ذَلِكَ أَهْلُ الْمَعْرِفَةِ وَالْبَصَرِ بِتِلْكَ السِّلْعَةِ، فَإِنْ رَأَوْا وَجْهَ بَيْعٍ بِيعَتْ عَلَيْهِمَا، وَإِنْ رَأَوْا وَجْهَ انْتِظَارٍ انْتُظِرَ بِهَا[1].

الشرح: وهذا كما قال أنه ليس لرب المال أن يبيع على العامل سلعة متى شاء؛ لأن ذلك إبطال لعمله، وإتلاف لما يبقى له من حصته من الربح، والقراض قد لزمهما على وجه ما دخلا فيه بالشراء والعمل، فليس لواحد منهما الانفكاك إلا على وجه المعهود من التجارة وطلب التنمية.

وكذلك لو كان مال القراض دينًا داين به العامل بإذن رب المال، ثم أراد أحدهما بيع ذلك وتعجيل ماله، وأباه الآخر، كان القول قول الآبى منهما؛ لأنه دعا إلى المعهود من القراض والتجارة.

قَالَ مَالِك فِي رَجُلٍ أَخَذَ مِنْ رَجُلٍ مَالا قِرَاضًا، فَعَمِلَ فِيهِ ثُمَّ سَأَلَهُ صَاحِبُ الْمَالِ عَنْ مَالِهِ، فَقَالَ: هُوَ عِنْدِي وَافِرٌ، فَلَمَّا آخَذَهُ بِهِ، قَالَ: قَدْ هَلَكَ عِنْدِي مِنْهُ كَذَا وَكَذَا لِمَالٍ يُسَمِّيهِ، وَإِنَّمَا قُلْتُ لَكَ ذَلِك؛ لِكَيْ تَتْرُكَهُ عِنْدِي، قَالَ: لا يَنْتَفِعُ بِإِنْكَارِهِ بَعْدَ إِقْرَارِهِ أَنَّهُ عِنْدَهُ، وَيُؤْخَذُ بِإِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ إِلا أَنْ يَأْتِيَ فِي هَلاكِ ذَلِكَ الْمَالِ

---

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٧٥، وقال: خالفه الشافعي، والكوفيون، فقالوا: تباع في الوقت؛ لأن حصة رب المال في الربح كحصة العامل، فلكل واحد منهما أن ينقض القراض قبل العمل وبعده؛ لأنه ليس بعقد لازم لواحد منهما.

وقد خالف سحنون ابن القاسم في العامل بالقراض يبيع السلع بدين، ثم يأبى من تقاضي الثمن، ويسلم ذلك إلى ربه، ويرضى بذلك رب المال. فقال ابن القاسم: لا بأس بذلك، وهو بمنزلة العامل يموت ويسلم ورثته المال إلى ربه يتقاضاه على أنه لا شيء لهم من الربح. وأنكر ذلك سحنون، ولم يبين الوجه الذي كرهه.

بِأَمْرٍ يُعْرَفُ بِهِ قَوْلُهُ، فَإِنْ لَمْ يَأْتِ بِأَمْرٍ مَعْرُوفٍ أُخِذَ بِإِقْرَارِهِ وَلَمْ يَنْفَعْهُ إِنْكَارُهُ(١).

قَالَ مَالِك: وَكَذَلِكَ أَيْضًا لَوْ قَالَ: رَبِحْتُ فِي الْمَالِ كَذَا وَكَذَا، فَسَأَلَهُ رَبُّ الْمَالِ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ مَالَهُ وَرِبْحَهُ، فَقَالَ: مَا رَبِحْتُ فِيهِ شَيْئًا، وَمَا قُلْتُ ذَلِكَ إِلا لأَنْ تُقِرَّهُ فِي يَدِي، فَذَلِكَ لا يَنْفَعُهُ وَيُؤْخَذُ بِمَا أَقَرَّ بِهِ إِلا أَنْ يَأْتِيَ بِأَمْرٍ يُعْرَفُ بِهِ قَوْلُهُ وَصِدْقُهُ، فَلا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ(٢).

الشرح: وهذا كما قال أنه يؤخذ بإقراره أن المال باق عنده، وأنه قد ربح فيه، فإن ادعى بعد ذلك الخسارة أو ضياع المال، وأنه لم يربح شيئًا لم يقبل بمجرد إنكاره، وأخذ بأول إقراره، فإن أتى بأمر يعرف به وجه ما ادعاه، وقامت له بذلك بينة، يريد ما ادعاه من الخسارة أو ضياع المال.

مسألة: ولو أنكر القراض جملة، فلما قامت علية بينه ادعى رده إلى صاحبه، فقال عيسى عن ابن القاسم فى العتبية: إن لم يأت ببينة على الرد، وإلاغرم، وليس من ادعى الضياع مثل من ادّعى القضاء. وفى سماع ابن القاسم: ليس له إلا يمينه ويبرأ.

مسالة: ومن ادّعى الضياع بعد إنكار القبض، فقد روى عيسى: لا شىء عليه. وقال عيسى: يصدق، ويغرم، وبلغنى ذلك عن مالك.

قَالَ مَالِك فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالا قِرَاضًا، فَرَبِحَ فِيهِ رِبْحًا، فَقَالَ الْعَامِلُ: قَارَضْتُكَ عَلَى أَنَّ لِي الثُّلُثَيْنِ، وَقَالَ صَاحِبُ الْمَالِ: قَارَضْتُكَ عَلَى أَنَّ لَكَ الثُّلُثَ.

قَالَ مَالِك: الْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ، وَعَلَيْهِ فِي ذَلِكَ الْيَمِينُ إِذَا كَانَ مَا قَالَ يُشْبِهُ قِرَاضَ مِثْلِهِ، وَكَانَ ذَلِكَ نَحْوًا مِمَّا يَتَقَارَضُ عَلَيْهِ النَّاسُ، وَإِنْ جَاءَ بِأَمْرٍ يُسْتَنْكَرُ لَيْسَ عَلَى مِثْلِهِ يَتَقَارَضُ النَّاسُ لَمْ يُصَدَّقْ وَرُدَّ إِلَى قِرَاضِ مِثْلِهِ(١).

الشرح: وهذا كما قال أنه إن ادّعى كل واحد منهما أنه شرط لنفسه الثلثين، فإن ذلك على أربعة أوجه، أحدهما: أن يكون ما يدعيه العامل قراض مثله دون صاحب المال. والثانى: أن يدعى كل واحد منهما ما يشبه. والثالث: أن يدعى العامل ما لا

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/١٨٦.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/١٨٧.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/١٨٨.

يشبه قراض مثله، ويكون دعوى صاحب المال يشبه. والرابع: أن يدعى كل واحد منهما ما لا يشبه.

فإن ادعى العامل ما يشبه، وادعى صاحب المال ما لا يشبه، أو ادعيا جميعًا ما يشبه، فإن القول قول العامل مع يمينه؛ لأن المال فى يده، فكان أولى بما يدّعيه من ربحه.

مسألة: فإن ادعى صاحب المال ما يشبه دون العامل، فالقول قول صاحب المال؛ لأن الظاهر شهد له، وإن ادعى كل واحد منهما ما لا يشبه، رد إلى قراض المثل بعد أيمانهما، وهذا معنى قول مالك: فإن جاء بأمر يستنكر لم يصدق، ورد إلى قراض المثل.

مسألة: فإن قالا: إن الربح على الثلث والثلثين، ولم يسميا لمن الثلثان حين العقد، ثم ادعى كل واحد منهما عند القسمة أن يكون له الثلثان، فلا يخلو أن يكون قراض مثلهما يشبه ما يدعيه العامل أو ما يدعيان جميعًا، فالقول قول العامل مع يمينه، إن ادعى أنه نوى ذلك على ما ذكره بعض المتأخرين من المغاربة. وقال ابن المواز: جعل الثلث للعامل منهما.

وجه القول الأول ما قدمناه أن العامل له اليد على ما تقدم.

ووجه القول الثانى أن المال وربحه على ملك رب المال، وإنما يملك العامل حصته من الربح بالقسمة مع ما تقدم من رضى رب المال بذلك، وإذا لم يوجد رضاه إلا بالثلث، فالباقى ثابت على ملكه.

مسألة: فإن كان ما يدعيه رب المال يشبه قراض المثل دون ما يدعيه العامل، فعلى القول الأول يكون القول قوله مع يمينه، إن ادعى البينة. وعلى القول الثانى يكون له الثلثان دون يمين.

وإن ادعى كل واحد منهما ما لا يشبه، فعلى القول الأول يحلفان، ويردان إلى قراض المثل. وعلى القول الثانى يردان إليه دون يمين.

قال القاضى أبو الوليد: والنية عندى غير مؤثرة فى هذه المسألة؛ لأن العامل إذا نوى أن يكون له الثلثان، ولم يشترط ذلك، ولم يبينه لم يكن له ذلك بنيته، وكذلك رب المال، وكان الأظهر عندى فى هذه المسألة أن يردا فى الوجوه كلها إلى قراض المثل بمنزلة أن يعقد القراض، ولا يذكرا حصة أحدهما من الربح؛ لأنهما إذا لم يشترطا الثلثين لمعين، فقد عاد ذلك بجهالة من يستحقه، وأدى ذلك إلى أن يكون حصة كل

واحد منهما من الربح مجهولة، ولا معنى لاستحلاف أحدهما؛ لأن الثانى لا ينكر ما يدعيه، ولا يستحق بما يدعيه من النية شيئًا، فلا معنى لاستحلافه على تحقيقها، ولو صدقه صاحبه فيما يدعيه من ذلك، لم ينفعه.

قَالَ مَالِك فِي رَجُلٍ أَعْطَى رَجُلا مِائَةَ دِينَارٍ قِرَاضًا، فَاشْتَرَى بِهَا سِلْعَةً ثُمَّ ذَهَبَ لِيَدْفَعَ إِلَى رَبِّ السِّلْعَةِ الْمِائَةَ دِينَارٍ، فَوَجَدَهَا قَدْ سُرِقَتْ، فَقَالَ رَبُّ الْمَالِ: بِعِ السِّلْعَةَ، فَإِنْ كَانَ فِيهَا فَضْلٌ كَانَ لِي، وَإِنْ كَانَ فِيهَا نُقْصَانٌ كَانَ عَلَيْكَ؛ لأَنَّكَ أَنْتَ ضَيَّعْتَ. وَقَالَ الْمُقَارِضُ: بَلْ عَلَيْكَ وَفَاءُ حَقِّ هَذَا، إِنَّمَا اشْتَرَيْتُهَا بِمَالِكَ الَّذِي أَعْطَيْتَنِي.

قَالَ مَالِك: يَلْزَمُ الْعَامِلَ الْمُشْتَرِيَ أَدَاءُ ثَمَنِهَا إِلَى الْبَائِعِ، وَيُقَالُ لِصَاحِبِ الْمَالِ الْقِرَاضِ: إِنْ شِئْتَ، فَأَدِّ الْمِائَةَ الدِّينَارِ إِلَى الْمُقَارَضِ، وَالسِّلْعَةُ بَيْنَكُمَا، وَتَكُونُ قِرَاضًا عَلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ الْمِائَةُ الأُولَى، وَإِنْ شِئْتَ، فَابْرَأْ مِنَ السِّلْعَةِ، فَإِنْ دَفَعَ الْمِائَةَ دِينَارٍ إِلَى الْعَامِلِ كَانَتْ قِرَاضًا عَلَى سُنَّةِ الْقِرَاضِ الأَوَّلِ، وَإِنْ أَبَى كَانَتِ السِّلْعَةُ لِلْعَامِلِ وَكَانَ عَلَيْهِ ثَمَنُهَا[1].

الشرح: ومعنى ذلك أن العامل إذا أخذ المال قراضًا، فاشترى به سلعة، فلا يخلو أن يشتريها بدين أو بنقد، فإن اشتراها بدين للقرض، فإن ذلك ممنوع، أذن له فى ذلك رب المال أو لم يأذن، فإن فعل ذلك العامل، ثم نقد فيها مال القراض، ففى كتاب محمد عن ابن القاسم: تقوم السلعة التى اشترى بدين بنقد، فيكون العامل بذلك شريكًا فى المال.

قال محمد: لعله يريد فى سلعة واحدة اشتراها بدين، ونقد فيها مال القراض، وإذا كان ما قاله محمد، فتبقى المسألة التى يسئل عنها غير مجاوب عنها، وذلك أن من اشترى سلعة بدين بمائة قيمتها مائتان، فنقد فيها حين الأجل مائة من مال القراض، فأما على الرواية التى رواه ابن القاسم وعبدالرحمن عن مالك: أن العامل يضمن ما فضل من المائة دينار عن قيمة السلعة، والسلعة على القراض.

وعلى رواية ابن القاسم وأشهب عن مالك: يقوم الدين، فينظر إلى قيمة المائة دينار المؤجلة، فما فضل عن المائة دينار النقد عن قيمة المائة المؤجلة، فعلى العامل.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/١٨٩.

فرع: ولو باعها العامل قبل أن ينقد فيها فربح، فالظاهر من قول ابن القاسم أن الربح والوضيعة على العامل. قال: وكيف يأخذ ربح ما يضمنه العامل فى ذمته.

ومعنى ذلك أن هذه السلعة لم يتعلق ثمنها بذمة رب المال ولا بماله، فلم يكن له ربحها، ولما اختصت بذمة العامل وضمانه، كان له ربحها.

مسألة: وأما إن كان اشترى بنقد، فلم ينقد حتى تلف المال الذى بيده، فهذا الذى قال: أنه إذا قال له رب المال: بع السلعة، فإن كان فيها فضل، فهو لى، وإن كان نقصان، كان عليك لأنك ضيعت المال، فلا حجة لرب المال فى قوله: بع، وإن كان فيها ربح، فلى؛ لأن للعامل أن يقول: إذا تعلق ثمن السلعة بذمتى دون مالك، فلا حظ لك من الربح، ولا حجة للعامل فى قوله: إنما اشتريتها بمالك الذى أعطيتنى.

فإن لرب المال أن يقول: صدقت، فلا تطلب منى غيره، فأننى لم آذن لك تتجر فى شىء من مالى غير ما دفعته إليك، فلا يجوز تصرفك فى غيره، وإذا طلبتنى بغرم ما نقص، فقد حولت تصرفك من مالى فى غير مال القراض.

فصل: وقول مالك: «**ويلزم العامل المشترى أداء ثمنها على البائع**» يحتمل معنيين، أحدهما: أن العهدة للبائع عليه، فليس له أن يطالب بسواه، وليس للعامل مخرج عن ما له عليه إلا بالأداء.

والثانى: أنه لا خيار له، وإنما الخيار لرب المال، وقد فسره بعد ذلك بقوله، ويقال لصاحب المال القراض: إن شئت، فأد المائة، يريد ثمن السلعة التى اشترى العامل بدين، فتكون السلعة على ما شرطت من القراض، وإن شئت، فابرأ السلعة، يريد أن لا حظ لك فى ربحها، ولا شىء عليك من نقص ثمنها.

مسألة: ولو باع العامل السلعة قبل أن ينقد ثمنها، وقبل أن يتلف، فربح فيها، فقد قال ابن القاسم: الربح بينهما على ما شرطاه من القراض؛ لأنه للقراض اشترى.

ووجه ذلك ما أشار إليه من أنه إنما اشترى للقراض، وعلى أن ينقد منه، والمال الذى عول على النقد منه باق حين البيع، وظهور الربح، فكان البيع للقراض، والربح على شرطه.

قَالَ مَالِك فِى الْمُتَقَارِضَيْنِ إِذَا تَفَاصَلا، فَبَقِيَ بِيَدِ الْعَامِلِ مِنَ الْمَتَاعِ الَّذِى يَعْمَلُ فِيهِ خَلَقُ الْقِرْبَةِ أَوْ خَلَقُ الثَّوْبِ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ.

قَالَ مَالِكٌ: كُلُّ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ كَانَ تَافِهًا لا خَطْبَ لَهُ، فَهُوَ لِلْعَامِلِ، وَلَمْ أَسْمَعْ أَحَدًا أَفْتَى بِرَدِّ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا يُرَدُّ مِنْ ذَلِكَ الشَّيْءُ الَّذِى لَهُ ثَمَنٌ، وَإِنْ كَانَ شَيْئًا لَهُ اسْمٌ مِثْلُ الدَّابَّةِ أَوِ الْجَمَلِ أَوِ الشَّاذَكُونَةِ أَوْ أَشْبَاهِ ذَلِكَ مِمَّا لَهُ ثَمَنٌ، فَإِنِّى أَرَى أَنْ يَرُدَّ مَا بَقِيَ عِنْدَهُ مِنْ هَذَا إِلا أَنْ يَتَحَلَّلَ صَاحِبَهُ مِنْ ذَلِكَ[1].

الشرح: وهذا كما قال أن العامل إذا رد المال، وكان قد سافر سفرًا اكتسى فيه، وتجهز من مال القراض، فإن ما بقى من جهازه وكسوته مما لا قيمة له للعامل. وقال ابن القاسم فى العتبية: كخلق الجبة والقربة.

قال محمد: وكذلك الغرارة والأداوة. قال سحنون: وما كان من الثياب تافهًا خلقًا، تركت له، وإن كان للثياب بال بيعت، ورد ثمنها فى المال.

ومعنى ذلك أن مثل هذه المعانى تترك لمن كان له الانتفاع بها، كالرجل يطلق المرأة وعليها بقية كسوة، أو تكون حاملاً، فتضع، وعليها بقية كسوة فإذا كان الشىء الذى له بال رد إلى مستحقه، وإذا كان يسيرًا لا قدر له، كان بيعًا لمن تعلق به من حقه، ألا ترى أن العامل لو عمل فى المال عملاً يسيرًا، لا يلزمه من نقل متاع أو عمل خفيف، لم يكن له فيه عوض، ولو عمل فيه الصنائع والرقوم، لكان له أجر عمله.

فصل: وقوله: «ما كان له ثمن، فإنى أرى أن يرد ما بقى عنده من هذا إلا أن يتحلل صاحبه من ذلك» يريد أن يعلمه بما بقى عنده، ويعلمه بصفته وقدره، فإن جعله رب المال فى حل منه، ساغ له ذلك، وإلا ردّ إليه منه حقه، والله أعلم.

* * *

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/١٩٠.



كتاب الأقضية

الترغيب فى القضاء بالحق

١٣٧٩ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ زَيْنَبَ بِنْتِ أَبِى سَلَمَةَ، عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِىِّ ﷺ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَىَّ، فَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ(١) بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَأَقْضِىَ لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَىْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ، فَلا يَأْخُذَنَّ مِنْهُ شَيْئًا، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ».

الشرح: قوله ﷺ: «**إنما أنا أبشر**» على معنى الإقرار على نفسه بصفة البشر من أنه لا يعلم الغيب، ولا يعلم المحق من الخصمين من المبطل، والإخبار بأن حاله فى ذلك حال غيره؛ لأنه لا يعلم من الغيب إلا ما اطلع عليه بالوحى.

ولما كانت الدنيا دار تكليف، وكانت الأحكام تجرى على ذلك، أجرى فى غالب

١٣٧٩ - أخرجه البخارى فى الأحكام ٧١٦٩. مسلم فى الأقضية ١٧١٣. الترمذى فى الأحكام ١٣٣٩. النسائى فى آداب القضاة ٥٣٩٩، ٥٤٢٠. أبو داود فى الأقضية ٣٥٨٣. ابن ماجه فى الأحكام ٢٣١٧. أحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٥٩٥٢، ٢٦٠٧٨، ٢٦١٧٧.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٤٤/٨: هذا حديث لم يختلف عن مالك فى إسناده فيما علمت، ورواه كما رواه مالك سواء عن هشام بإسناده هذا جماعة من الأئمة الحفاظ، منهم: الثورى، وابن عيينة، والقطان، وغيرهم.

وقد رواه معمر، عن الزهرى، عن عروة، عن زينب بنت أبى سلمة، عن أم سلمة، عن النبى ﷺ بمثل حديث هشام سواء، وقد روى هذا المعنى عن النبى ﷺ أبو هريرة كما روته أم سلمة.

(١) ألحن: أى أبلغ وأعلم بالحجة.

أحكامه فى هذا الوجه على أحوال سائر الحكام، ولذلك لم يقل فى مسألة المتلاعنين أنه أعلم بالكاذب منهما، وقال: «يعلم الله أن أحدكما كاذب، فهل منكما من تائب»(*).

فصل: وقوله: «**إنكم تختصمون إلىّ**» يريد والله أعلم تتنازعون فى الأموال وغيرها تنازعًا يدعى كل واحد من الخصمين أنه أحق بها من صاحبه، فيخاصمه فى ذلك إلى النبى ﷺ دون غيره، وهو ﷺ الحاكم فى زمنه؛ لأنه إمام الأمة والمنفرد بالرئاسة الدينية والدنيوية، فلا يصح أن يحكم بين الناس إلا هو أو من قدمه لذلك.

والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿**فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى ألفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما**﴾. [النساء: ٦٥]، وقوله: ﴿**وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم**﴾ [المائدة: ٤٩]. وقوله: ﴿**إنا انزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله**﴾ [النساء: ١٠٥].

وفى هذا بابان، أحدهما: فى صفة القاضى، والثانى: فى مجلسه وأدبه.

الباب الأول فى صفة القاضى

فأما صفاته فى نفسه، فإحداهما أن يكون ذكرًا بالغًا. والثانية: أن يكون واحدًا مفردًا. والثالثة: أن يكون بصيرًا. والرابعة: أن يكون مسلمًا. والخامسة: أن يكون حرًا. والسادسة: أن يكون عالمًا. والسابعة: أن يكون عدلاً.

فأما اعتبار الذكورة، فحكى القاضى أبو محمد وغيره أنه مذهب مالك والشافعى. وقال أبوحنيفة: جوز وأن تلى المرأة القضاء فى الأموال دون القصاص. وقال محمد بن الحسن ومحمد بن جرير الطبرى: يجوز أن تكون المرأة قاضية على كل حال.

ودليلنا ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لا يفلح قوم أسندوا أمرهم إلى امرأة»(*).

ودليلنا من جهة المعنى أنه أمر يتضمن فصل القضاء، فوجب أن تنافيه الأنوثة كالإمامة.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٣١٢، ٥٣٥٠. مسلم حديث رقم ١٤٩٣. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٤٧٦. أبو داود حديث رقم ٢٢٥٧. أحمد فى المسند حديث رقم ٤٥٧٣.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٤٤٢٥، ٧٠٩٩. الترمذى حديث رقم ٢٢٦٢. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٥٣٨٨. أحمد فى المسند حديث رقم ١٩٨٨٩.

قال القاضي أبو الوليد: ويكفى فى ذلك عندى عمل المسلمين من عهد النبى ﷺ لا نعلم أنه قدم لذلك فى عصر من الأعصار، ولا بلد من البلاد امرأة كما لم يقدم للإمامة امرأة، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما كونه واحدًا مفردًا، فمعناه أن لا يولى القضاء قاضيان فأكثر على وجه الاشتراك، فلا يكون لأحدهما الانفراد بالنظر فى قضية، ولا قبول بينة، ولا انفراد بإنفاذ حكم.

قال الشيخ أبو إسحاق فى زاهيه: والحاكم لا يجوز أن يكون نصف حاكم، فلا يجتمع اثنان، فيكونان جميعًا حاكمًا فى قضية واحدة. وأما أن يستقضى فى البلد الحكام والقضاة، ينفرد كل واحد منهم بالنظر فى ما يرفع إليه من ذلك، فجائز.

والدليل على ذلك أن هذا إجماع الأمة؛ لأنه لم يختلف فى ذلك أحد من زمن النبى ﷺ إلى يومنا هذا، ولا أعلم أنه أشرك بين قاضيين فى زمن من الأزمان، ولا بلد من البلدان، وقد قام فى البلد الواحد عدد من الحكام، فكان كل واحد منهم ينفرد بحكمه الذى يرفع إليه لا يشركه فيه غيره.

ودليل آخر، وهو أن المذاهب مختلفة، والأغراض متباينة، ولا يصح أن يتفق رجلان فى كل شىء حتى لا يرى أحدهما خلاف ما يراه الآخر.

وإذا أشرك بين الحاكمين، دعا لك إلى اختلافها فى المسائل، ويوقف نفوذهما كالإمامة، ولا يلزم على هذا الحكمان بين الزوجين، والحكمان فى جزاء الصيد؛ لأنهما يحكمان فى قضية واحدة، وليس بولاية، وإن اتفقا نفذ حكمها، وإن اختلفا لم ينفذ حكمهما وحكم غيرهما، فلم يكن فى ذلك مضرة، وهذا ينافى الولاية؛ لأن من ولى القضاء لا يمكن الاستبدال به عند المخالفة، فيؤدى ذلك إلى توقف الأحكام، وامتناع نفوذها.

مسألة: وأما أن يكون بصيرًا، فلا خلاف نعلمه بين المسلمين فى المنع من كون الأعمى حاكمًا، وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى، وقد بلغنى ذلك عن مالك.

والدليل على صحة هذا القول أن فى تقديمه للقضاء تضييقًا على المسلمين فى طرق القضاء، وإنفاذ الأحكام، والحاكم مضطر إلى أن ينظر لكل من يطلب عنده مطلبًا من مطالب الحق، والأعمى، وإن كان يميز الأصوات، فلا يميز إلا صوت من تكرر عليه صوته.

وليس كل من يشهد عنده بشهادة ممن يتكرر عليه، فقد يشهد عنده بها من لم يسمع كلامه قبل هذا، ويزكى عنده فى غير ذلك المجلس، فلا يعلم هل هذا المزكى عنده هو الذى زكى بالأمس أو غيره، وقد يجرح عنده بعد التزكية، فلا يدرى هل هو ذلك الأول أو غيره، وقد يبقى على عدالته، فيتكرر عليه مرة ثانية من الغد فى شهادة أخرى، وقد غاب معدلوه، فلا يدرى هل هو ذلك الأول.

وقد اختلف العلماء فى تولية القضاء الأمى، وهو يبصر ويميز، فكيف بالأعمى وأكثر العلماء لا يجيز شهادته.

مسألة: وأما اعتبار إسلامه، فلا خلاف بين المسلمين فى ذلك. وأما اعتبار حريته، فقد قال القاضى أو محمد: لا خلاف فيه بين المسلمين.

ووجه ذلك أن منافع العبد مستحقة لسيده، فلا يجوز أن يصرفها للنظر بين المسلمين؛ ولأنه ناقص الحرمة نقصًا يؤثر فى الإمامة كالمرأة.

مسألة: وأما اعتبار كونه عالمًا، فلا خلاف فى ذلك مع وجود العالم العدل، والذى يحتاج إليه العلم أن يكون من أهل الاجتهاد، وقد بينا صفة المجتهد فى أصول الفقه.

وقد روى ابن القاسم عن مالك فى المجموعة: لا يستقضى من ليس بفقيه. وقال أشهب فى المجموعة ومطرف وابن الماجشون وأصبغ فى الواضحة: لا يصلح أن يكون حديث لا فقه له، أو فقه لا حديث عنده، ولا يفتى إلا من كانت هذه صفته، إلا أن يخبر بشيء سمعه. ومعنى ذلك أن يكون قد جمع صفات المجتهدين.

والأصل فى ذلك قول الله تعالى: ﴿**لتبين للناس ما نزل إليهم ولعلهم يتفكرون**﴾ [النحل: ٤٤]، فأعلم تعالى أن النبى ﷺ إذا بين للناس ما أنزل إليهم يتفكروا ويعتبروا، فإذا لم يكن عندهم تبيين النبى ﷺ لما أنزل الله من الكتاب، لم يتمكن لهم التفكر فى احكامه، وقد قال تعالى: ﴿**إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله**﴾ [النساء: ١٠٥]، ومن ليس من أهل الاجتهاد، فإنه لا يرى شيئًا.

وبذلك قال الفقهاء المتقدمون: إنه لا يفتى من لا يعرف ذلك، إلا أن يخبر بما سمع، فلم يجعل ذلك من باب الفتوى، وإنما هو إخبار عن فتوى صاحب المقالة عند الضرورة لعدم المجتهد الذى تجوز له الفتوى.

فرع: فإذا لم يوجد إلا عالم ليس بمرضى، أو رجل مرضى الحال غير العالم، فقد

روى أصبغ: يستقضى العدل؛ لأنه يستشير أهل العلم، ويجتهد. قال ابن حبيب: إن لم يكن للرجل علم وورع، فعقل وورع؛ لأنه بالعقل يسئل، وبالورع يعف، فإذا طلب العلم وجده، وإذا طلب العقل، لم يجده.

مسألة: وأما اعتبار العدالة، فالظاهر من أقوال المسلمين أن العدالة شرط في صحة القضاء. وقال القاضى أبو الحسن: لا تنعقد الولاية للحاكم الفاسق، وإن طرأ الفسق بعد انعقادها، انفسخت ولايته. وفى النوادر من كتاب أصبغ: أنه يجوز حكم المسخوط ما لم يجر، وإن لم تجز شهادته.

وهذا مبنى على أن ما يطرأ من الفسق لا يفسخ ولايته حتى يفسخها الإمام.

مسألة: وهل يعتبر فى ذلك أن يكون سميعًا، لم أر فيه نصًا لأصحابنا.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أنه ممنوع لما يحتاج إليه من سماعه من دعوى الخصوم، وسماعه أداء الشهادةِ، وليس كل شاهد يمكنه أن يكتب شهادته، فيعرضها عليه، فمنهم من لا يكتب مع ما فى ذلك من تضيق الحال على الناس، وتعذر سبيل الحكم، وذلك يجب أن يمنع منه.

مسألة: وهل يجوز أن يكون الأمى الذى لا يكتب حاكمًا، وإن كان عالمًا، لم أر فيه نصًا لأصحابنا، ولأصحاب الشافعى فيه وجهان أحدهما الجواز، والآخر المنع.

قال القاضى أبو الوليد: والأظهر عندى الجواز؛ لأن إمام المرسلين وأفضل الحكام كان لا يكتب.

ومن جهة المعنى أنه لا يحتاج إلى قراءة العقود، وينوب عنه فى ذلك أهل العدل، وهذه حال من لا يكتب من الحكام، يقرأ عليه العقد فىالأغلب، ويقيد عنه المقالات، ولا يباشر شيئًا من ذلك، وإن للمنع من ذلك وجهًا، لما فيه من تضييق طرق الحكومة، والنبى ﷺ معصوم، وليس غيره كذلك، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وهل يستقضى ولد الزنا، قال سحنون: لا بأس أن يستقضى، ولا يحكم فى حد زنا، **قال:** كما لا يحكم القاضى.

قال القاضى أبو الوليد: والأظهر عندى أن ذاك ممنوع؛ لأن القضاء موضع رفعه وطهارة أحوال، فلا يليها ولد الزنا كالإمامة الصلاة.

وروى ابن سحنون عن أبيه: يستقضى الفقير إذا كان أعلم من بالبلد وأرضاهم،

ولكن لا ينبغى أن يجلس حتى يغنى، ويقضى عنه دينه، وهذا مما لا خلاف فى صحته؛ لأن الفقير ليس بمؤثر فى دينه، ولا علمه، ولكن يستحب أن تزال حاجته ليتفرغ للقضاء، وليكون أسلم له من مفارقه ما يخل بحاله.

مسألة: ويستقضى المحدود فى الزنا والقذف والمقطوع فى السرقة، إذا كان اليوم مرضيًا، من كتاب أصبغ.

ووجه ذلك أن ما كان عليه مما يمنع ولايته، قد ظهر إقلاعه عنه كما لو كان كافرًا، ثم حسن إسلامه.

فرع: وهل يحكم فيما حد فيه، جوز ذلك أصبغ، وفرق بينه وبين الشهادة، ومنع ذلك سحنون اعتبارًا بالشهادة.

الباب الثانى: فى مجلسه وأدبه

أما مجلس القاضى، فإنه ينبغى أن يكون فى المسجد، وكره الشافعى أن يكون فى المسجد. وروى نحوه عن عمر بن عبد العزيز. قال مالك: القضاء فى المسجد من الحق، والأمر القديم؛ لأنه يرضى بالدون من المجلس، ويصل إليه الضعيف والمرأة، ولا يحجب عنه أحد.

قال الشيخ أبو محمد: واحتج بعض أصحابنا فى ذلك بقوله تعالى: ﴿**وهل أتاك نبأ الخصم إذا تسوروا المحراب**﴾ [ص: ٢١]، إلى قوله: ﴿**فاحكم بيننا بالحق**﴾ [ص: ٢٢]. وروى عن النبى ﷺ أنه قضى فى المسجد.

فرع: ويستحب أن يجلس من المسجد فى رحابه الخارجة، قال مالك: ليصل إليه اليهودى والنصرانى والحائض، قال: وحيثما جلس القاضى المأمون، أجزأه. قال أشهب فى المجموعة: ولا بأس أن يقضى فى منزله، وحيث أحب، وأحب إلىَّ أن يقضى حيث جماعة الناس، وفى المسجد الجامع.

قال سحنون: قال غيره: إلا أن يدخل عليه فى ذلك ضرر؛ لكثرة الناس حتى يشغله ذلك عن النظر والفهم، فليكن له موضع فى المسجد يحول بينه وبين من يشغله، واتخذ سحنون بيتًا فى المسجد، فكان يقعد فيه الناس.

مسألة: ولا ينبغى أن يقضى فى الطريق فى ممره إلى المسجد أو إلى غير، إلا أن يكون أمر عرض واستغيث إليه فيه، فلا بأس أن يأمر فيه وينهى.

فأما الحكم الفاصل، فلا، قاله مطرف وابن الماجشون. قال أشهب في المجموعة: لا يقضي القاضي، وهو يمشي، وقال أيضًا: لا بأس أن يقضي، وهو يمشي، إذا لم يشغله ذلك، ولا بأس أن يقضي، وهو متكئ.

مسألة: ولا تقام الحدود في المسجد، ولا الضرب الكثير إلا اليسير كالخمسة أسواط والعشرة ونحوها، قاله مالك في الموازية والمجموعة وكتاب ابن سحنون.

ووجه ذلك أن الحدود تباشر سيلان الدم، والتأثير في الأجسام، والمساجد موضوعة للتأمين والرحمة، فيجب أن تنزه عن مثل هذا.

مسألة: قال مطرف وابن الماجشون: ويتخذ القاضي أوقاتًا يجلس فيها للناس على ما هو أرفق به وبالناس، وليس بالضيق عليه حتى يصير كالأجنبي، ولا ينبغي أن يجلس بين العشاءين ولا في الأسحار، إلا أن يحدث في تلك الأوقات، ويرفع إليه أمر لابد منه، فلا بأس أن يأمر في تلك الساعة، وينهى، ويسجن.

وأما على وجه الحكم مما شخص فيه الخصوم، فلا. وقال أشهب في المجموعة: ولا بأس أن يقضي بين المغرب والعشاء، فمعنى قول ابن الماجشون ومطرف أنه ليس عليه الجلوس ذلك الوقت، ولا إشخاص الخصوم عليه في الأمور التي فيها إحضار الخصوم، وتقييد المقالات، وإحضار البينات؛ لأنها أمور لا تفوت، ويلحق المطلوب بذلك المشقة في الخروج عن العادة.

وأما الأمور التي يخاف فواتها، ويطرأ منها ذلك الوقت ما تدعو الضرورة إلى النظر فيه، يلزمه ذلك.

ومعنى قول أشهب، أنه أباح له النظر بين المغرب والعشاء؛ لأن ترك ذلك حق من حقوقه، فإذا أراد النظر ذلك الوقت، فذلك مباح له.

والقول الأول أظهر؛ لما في ذلك من الضرر بما يدعى في ذلك الوقت إلى ما لا يخاف فواته، وقد شرعت الآجال في القضاء بالحقوق والإمهال، واستقصاء الحجج، وذلك ينافي القضاء بالليل، وفي وقت يشق نقل البينات والتفريغ للإدلاء بالحجج، مع ما في ذلك من الخروج عن العادة في عمل القضاء، ولا يكاد يفعل ذلك إلا على وجه التضييق على المطلوب والمسارعة إلى الحكم للطالب.

مسألة: وليس عليه أن يتعب نفسه، فيقضي النهار كله، قاله في المجموعة، قال في

العتبية. وليقعد للناس فى ساعات من النهار. وقال مالك فى الموازية: إنىأخاف أن يكثر، فيخطىء. قال فى المجموعة: يكره للقاضى أن يقضى إذا دخله هم أو نعاس، أو ضجر شديد، وفى غير هذا الموضع، أو جوع يخاف على فهمه منه الإبطال أو التقصير.

وفى العتبية عن مالك: أنه ليقال لا يقضى القاضى وهو جائع، ولا يشبع جدًا، فإن الغضب يحضر الجائع، والشبعان جدًا يكون بطيئًا، إلا أن يكون الأمر الخفى الذى لا يضر به فى فهمه.

ووجه ذلك ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لا يقضى القاضى، وهو غضبان»(*) فكل حالة منعته من استيفاء حجج الخصوم كما يمنعه الغضب، كان له حكمه فى المنع من ذلك، والله أعلم.

مسألة: وقوله: «**ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضى له على نحو ما أسمع منه**» يريد والله اعلم، أن يكون أحدهما أعلم بمواقع الحجج، وأهدى إلى إيراد ما يحتاج من ذلك، وأشد تبيينًا لما يحتج به. قال أبو عبيدة: اللحن، بفتح الحاء، الفطنة، واللحن بإسكان الحاء، الخطأ فى القول.

تعلق بعض أصحابنا بقول النبى ﷺ: «**فأقضى له على نحو ما أسمع منه**» فى أن القاضى لا يقضى بعلمه، وهذا التعلق ليس بالبين؛ لأنه لا يقضى القاضى بما سمع منه مع علمه بخلافه على قول من يثبت حكمه بعلمه، ولا على قول من ينفيه.

فأما من يقول إنه يقضى بعلمه، فإنه ينفذ ما علمه، ولا ينظر إلى حجة الخصم، ولا إلى ما شهد به عنده مما يخالف ذلك. وأما من يمنع الحكم بعلمه، فإذا اقتضت حجته أو ما شهد به بينهما خلاف ما علمه من الأمر، امتنع من الحكم فى ذلك، وشهد عنده غيره بما فى علمه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالمشهور من مذهب مالك أن الحاكم لا يحكم فى شىء أصلاً بعلمه، علمه قبل ولايته أو بعدها، فى مجلس حكم غيره فى حقوق الآدميين أو غيرها، قاله مالك، وابن القاسم وأشهب، قالوا: وكذلك ما وجد فى ديوانه من إقرار الخصوم مكتوبًا، وجوز ابن الماجشون وأصبغ وسحنون، أن يحكم الحاكم بعلمه ، وبه قال أبو حنيفة والشافعى على اختلافهم فى تفصيل ذلك.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٣١٦. مسلم حديث رقم ١٧١٧. الترمذى حديث رقم ١٣٣٤. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٥٤٠٦. أبو داود حديث رقم ٣٥٨٩. أحمد فى المسند حديث رقم ١٩٨٦٦.

والدليل على ما نقوله قول الله تعالى: ﴿**والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة**﴾ [النور: ٤]، فيقتضى العموم أن يجلد، وإن علم الحكم بصدقه. وما روى عن النبى ﷺ أنه قال فى ملاعنة: «لو كنت راجمًا أحدًا بغير بينة لرجمت هذه»(*).

وقال عبدالله بن عباس: تلك امرأة كانت تظهر السوء. وأيضًا فإن النبى ﷺ لم يقتل المنافقين، وإن كان علم كفرهم لما انفرد بذلك.

ومن جهة المعنى أن الحاكم لما كان غير معصوم منع من الحكم بعلمه ليبعد عن التهمة وتعلق ابن الماجشون فى ذلك بقوله ﷺ: «فأقضى له على نحو ما أسمع منه» فعلق القضاء بما يسمع.

وتأوله مالك، رحمه الله، على ما يسمع منه من اهتدائه إلى مواقع حجته وعجز الآخر عن إيراد ما يعتضد به، ولذلك قال فى أول الكلام: «فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته» وأيضًا فإنه ﷺ قال: «فأقضى على نحو ما أسمع منه» وما علمه الحاكم ليس بموقوف على ما سمع ممن يقضى له، بل قد يعلم من حقوقه ما لا يسمعه منه، ويسمع منه ما لا يعلمه، وهو ﷺ إنما علق الحكم بما يسمع منه، فثبت بذلك، وبقوله: «فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحتجته من بعض» أنه إنما يقضى له بما بينه فى خصومته لمعرفته بمواقع حججه من الحقوق، والتى تلزم الحاكم القضاء له بها، ولعله غير مستحق لها.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن الماجشون ومن تابعه من أصحابنا، فإنه إنما يحكم بعلمه فيما جرى بين المتخاصمين فى مجلس نظره، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: يحكم بعلمه فى حقوق الآدميين، مما علمه بعد القضاء خاصة. وللشافعى فى تجويزه ذلك على الإطلاق.

والدليل على ما نقوله أن هذا حكم بدعوى دون بينة ولا يمين، فوجب أن لا يصح؛ لأن الشرع إنما قدر الحكم بأحدهم.

فرع: وإذا قلنا لا يحكم بعلمه، فحكم بعلمه وسجل، فقد قال القاضى أبو الحسن: لا ينقض حكمه عند بعض أصحابنا.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٣١٦. مسلم حديث رقم ١٤٩٧. أحمد فى المسند حديث رقم ٣٠٩٦.

قال القاضي أبو الوليد: وعندى أنه ينقض حكمه.

فصل: وقوله: «**فمن قضيت له بشيء من حق أخيه، فلا يأخذن منه شيئًا، فإنما أقطع له قطعة من النار**» معناه والله أعلم، أن قضاءه له بشيء من حق أخيه لما سمع منه من إظهار حجة أوجبت له ذلك من دعوى باطل، عجز المحق عن إنكاره أو إنكار حق عجز المحق عن إثباته،

فإن ذلك لا يملكه من حكم له به، ولا يبيحه له، وإنما يعطيه قطعة من النار، يريد والله أعلم، قطعة من العذاب، كقوله تعالى: ﴿**إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلمًا إنما يأكلون فى بطونهم نارًا**﴾ [النساء: ١٠]، يعنى والله أعلم، ما يعذبون عليه بالنار، وقد يوصف الشيء بما يؤول إليه، ويكون سببًا له، ولذلك يوصف الشجاع بالموت. قال الشاعر.

يا أيها الراكب المزجى مطيته   سائل بنى أسد ما هذه الصوت
وقل لهم بادروا بالعذر والتمسوا   وجهًا ينجيكم إنى أنا الموت

فوصف نفسه بأنه الموت، يريد أنه سبب بشجاعته وقلة سلامته من يحاربه من الموت.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن حكم الحاكم لا يحل الحرام ولا يغيره عن حقيقته. مثال ذلك أن يقيم الرجل شاهدى زور بأن امرأة أجنبية زوجة له، فحكم الحاكم بذلك، فإنه لا يحل وطؤها خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن ذلك يحله.

والدليل على ذلك الحديث المتقدم: «فمن قضيت له بشيء من حق أخيه، فلا يأخذن منه شيئًا، فإنما أقطع له قطعة من نار» وهذا يقتضى أنه إذا شهد له بزور بأن زوجًا طلق زوجته، وأن هذا تزوجها بعده، إنما يقطع له الحاكم بذلك قطعة من النار؛ أنه قد قضى له بحق هو لأخيه، والله أعلم.

١٣٨٠ - مَالِك عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ اخْتَصَمَ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ وَيَهُودِيٌّ، فَرَأَى عُمَرُ أَنَّ الْحَقَّ لِلْيَهُودِيِّ، فَقَضَى لَهُ فَقَالَ لَهُ، الْيَهُودِيُّ: وَاللَّهِ لَقَدْ قَضَيْتَ بِالْحَقِّ، فَضَرَبَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ بِالدِّرَّةِ، ثُمَّ قَالَ: وَمَا يُدْرِيكَ؟ فَقَالَ لَهُ الْيَهُودِيُّ: إِنَّا نَجِدُ أَنَّهُ لَيْسَ قَاضٍ يَقْضِي بِالْحَقِّ إِلا كَانَ عَنْ

١٣٨٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٨٩.

يَمِينِهِ مَلَكٌ، وَعَنْ شِمَالِهِ مَلَكٌ، يُسَدِّدَانِهِ وَيُوَفِّقَانِهِ لِلْحَقِّ، مَا دَامَ مَعَ الْحَقِّ، فَإِذَا تَرَكَ الْحَقَّ، عَرَجَا وَتَرَكَاهُ.

الشرح: قوله: «**إن عمر اختصم إليه يهودى ومسلم، فقضى عمر لليهودى**» لما رأى أن الحق له على حكم الإسلام؛ لأن كل حكم بين مسلم وكافر، فإنما يقضى فيه بحكم الإسلام؛ لأنه إنما عقدت لهم الذمة لتجرى عليهم أحكام الإسلام، إلا فيما يخصهم.

وأما إذا لم يكونوا ذمة، وكانوا أهل حرب، فإن أمكن الحكم بين المسلم وبينهم على حكم الإسلام نفذ، وإن تعذر ذلك، لم يخرج أمرهم على وجه الحكم، وذهب به إلى معنى الصلح.

مسألة: وأما أحكام أهل الكفر، فلا يخلو أن يكونا على دين واحد كيهوديين أو نصرانيين، أو يكونا على دينين مختلفين كيهودى ونصرانى، فإن كانا أهل دين واحد، فإنه لا تتعرض للحكم بينهما؛ لأن الذمة لما عقدت لهم على أن تجرى أحكامهم بينهم.

فإن رضيًا جميعًا بحكم الإسلام، ولم يرضى أساقفتهم به، ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: لا يحكم بينهم إلا برضى الخصمين، ورضى أساقفتهم، فإن رضى الخصمان وأبى الأساقفة. أو رضى الأساقفة، وأبى ذلك أحد الخصمين، لم يحكم بينهما.

وفى كتاب ابن عبدالحكم: أنه إن رضى الحاكم حكم بينهما، وإن أبى ذلك أحدهما طالبًا أو مطلوبًا، لم يعرض لهما، فإن اتفقا على الرضى بذلك، فإن الحاكم مخير بين أن يترك الحكم، وبين أن يحكم بينهم بحكم الإسلام.

والأصل فى ذلك قول تعالى: ﴿**فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وإن تعرض فلن يضروك شيئًا وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين**﴾ [المائدة: ٤٢].

وأما إن كانا على دينين مختلفين، ففى النوادر، قال يحيى بن عمر: يحكم بينهما، وإن كره ذلك أحدهما لاختلاف ملتيهما.

مسألة: وهذا فى طريقة التخاصم، والتطالب بالحقوق التى سلمت برضى الطالب لهما، وأما ما كان من التظالم كالغصب وقطاع الطريق والسرقة: فإن حكم المسلمين

حكم الإسلام، وسواء كانا مسلمين أو كافرين، على ملة واحدة أو ملتين، أو أحدهما مسلم والآخر كافر، وهو كله قول مالك فى كتاب ابن عبدالحكم وغيره، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقول اليهودى لعمر: «**لقد قضيت بالحق**» يحتمل أن يريد، لقد قضيت لى بما هو حق لى عليه، ويحتمل أن يريد به لقد قصدت الحق فى حكمك هذا، ويحتمل أن يريد لقد قضيت بالحق على حكم التوراة، والله أعلم وأحكم.

فصل: وضربه اليهودى لما قال له: «**والله لقد قضيت بالحق**» وقوله: «**وما يدريك؟**» يحتمل أن يكون عمر بن الخطاب رضى الله عنه حكم بينهما باجتهاده فيما لا نص عنده يعتقد أن طريق ذلك غلبة الظن دون القطع والعلم.

ولذلك قال له: «**وما يدريك**» يريد ما يدريك أنه كما حلفت عليه، وقطعت به، فأنكر على اليهودى الحلف على ذلك، وذلك يقتضى ضربه وعقوبته؛ لأن من حلف على القطع فى أمر يظنه استحق العقوبة، لاسيما وقد تكون القضية صحيحة، لكنها فى الباطن غير صحيحة.

لأن أحد الخصمين ألحن بحجته من الآخر كما قال النبى ﷺ: «فمن قضيت له بشىء من حق أخيه، فلا يأخذن منه، فإنما أقطع له قطعة من النار»(*) ويحتمل أن يكون ضربه لما حلف على شىء لا يعرفه، ولا يعلم هو مقتضى تلك القضية فى شرع المسلمين، لاسيما إن كانت ممن لم يتكرر، ولم يتقدم فيها حكم، إنما شرعت باجتهاد أئمة المسلمين فيها.

ويحتمل أن يكون ضربه لما فهم منه أنه أقسم على أنه قصد الحق لحكمه، فأنكر عليه أن يحلف على باطنه ومعتقده، وإن كان قد صادف الحق فى يمينه هذه، ويحتمل أن يكون ضربه لما اعتقد أنه قصد بذلك التزكية له والإطراء لما حكم له لما جبل عليه اليهود من المكر والخلابة، فأنكر عليه ذلك وأدبه على ما بادر إليه منه، وظن أنه يجوز عليه ليزجر الحكام من سلك معهم هذا السبيل.

فصل: وقول اليهودى: «**إنا نجد أنه ليس قاض يقضى بالحق إلا كان عن يمينه ملك**

(*) أخرجه البخارى فى الأحكام ٧١٦٩. مسلم فى الأقضية ١٧١٣. الترمذى فى الأحكام ١٣٣٩. النسائى فى آداب القضاة ٥٣٩٩، ٥٤٢٠. أبو داود فى الأقضية ٣٥٨٣. ابن ماجه فى الأحكام ٢٣١٧. أحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٥٩٥٢، ٢٦٠٧٨، ٢٦١٧٧.

وعن شماله ملك يسددانه ويوفقانه للحق ما دام مع الحق، فإذا ترك الحق عرجا وتركاه» ويحتمل أن يريد به اليهودى أنه يقطع بأن الحق له، وأنه ممن قد شاهد الحكم بمثله بين المسلمين، أو أنه من الحقوق التى لا تختلف فيها الشرائع، فاستدل على اجتهاد عمر وقصده الحق بأن حكم له بما يعرف هو أنه حقه، وعلم ذلك بما زعم أنه يجده فى كتبهم من أن الحاكم إذا قضى بالحق، يريد قصده وبينه بحكمه، كان معه ملكان يسددانه إليه، وأنه إن زاغ عن ذلك عرجًا وتركاه، فلا يوفق للحق، فأمسك عنه عمر بعد ذلك، إما تصديقًا له، وإما أنه قد بلغ من أدبه ما أقنعه، وما قاله اليهودى لا يبعد، وقد قال الله تعالى: ﴿**وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك**﴾ [المائدة: ٤٩].

وقد روى فى هذا المعنى حديثًا ليس بذلك أبو عيسى الترمذى، أخبرنا عبد القدوس ابن محمد العطار، أخبرنا عمرو بن عاصم، أخبرنا عمر، عن أبى إسحاق الشيبانى عن ابن أبى أوفى، قال: قال رسول الله ﷺ: «الله مع القاضى ما لم يجر، فإذا جار، تخلى عنه، ولزمه الشيطان»(*).

* * *

ما جاء فى الشهادات

١٣٨١ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِى بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرِو بْنِ عُثْمَانَ، عَنْ أَبِى عَمْرَةَ(١) الأَنْصَارِىِّ، عَنْ زَيْدِ بْنِ

(*) أخرجه الترمذى فى كتاب الأحكام حديث رقم ١٣٣٠. ابن ماجه فى كتاب الأحكام حديث رقم ٢٣١٢.

١٣٨١ - أخرجه مسلم فى الأقضية ١٧١٩. الترمذى فى الشهادات ٢٢٩٥، ٢٢٩٧. أبو داود فى الأقضية ٣٥٩٦. ابن ماجه فى الأحكام ٢٣٦٤. أحمد فى مسند الشاميين ١٦٥٩٢، ١٦٥٩٩، مسند الأنصار ٢١١٦٥. البيهقى فى السنن ١٠/١٥٩، عن زيد بن خالد. البغوى فى شرح السنة ١٠/١٣٨، عن زيد بن خالد. الطبرانى فى الكبير ٥/٢٦٥، عن زيد بن خالد.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٨/٢٥٠: هكذا قال يحيى، عن مالك فى إسناد هذا الحديث، عن أبى عمرة الأنصارى، وكذلك قال فيه عن مالك بن القاسم، وأبى مصعب الزهرى، ومصعب الزبيرى. وقال القعنبى، ومعن بن عيسى، وسعيد بن عفير، ويحيى بن عبدالله بن بكير، عن مالك بإسناده: ابن أبى عمرة، وكذلك قال ابن وهب، وعبدالرزاق إلا أنهما سمياه، قالا: عبدالرحمن بن أبى عمرة.

خَالِدٍ الْجُهَنِيِّ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَلا أُخْبِرُكُمْ بِخَيْرِ الشُّهَدَاءِ، الَّذِى يَأْتِى بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا، أَوْ يُخْبِرُ بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا».

الشرح: قال مالك فى المجموعة وغيرها: ومعنى هذا الحديث أن يكون عند الشاهد شهادة لرجل لا يعلم بها، فيخبره بها، ويؤديها له عند الحاكم، وذلك أن المشهود به على ضربين، ضرب هو حق لله، وضرب هو حق للآدميين.

فأما ما كان حقًا لله تعالى، فعلى قسمين، قسم لا يستدام فيه التحريم كالزنا وشرب الخمر. زاد أصبغ: والسرقة، فهذا ترك الشهادة به للستر جائز.

والأصل فى ذلك قول النبى ﷺ لهزال: «هلا سترته بردائك»(*) ولو أن الإمام علم بذلك، فقد قال ابن القاسم فى المجموعة: يكتموه الشهادة، ولا يشهدوا بها إلا فى تجريحه إن شهد على أحد.

مسألة: والقسم الثانى ما يستدام فيه التحريم كالطلاق والعتق والأحباس والصدقات والهبات لمن ليس له إسقاط حقه، والمساجد والقناطر والطرق، فهذا على الشهادات يقوم الشاهد فيها، ويؤديها متى رأى ارتكاب المحظور بها، وللشاهد فى ذلك حالان، حال يعلم أن غيره يقوم بهذه الشهادة، ويشاركه فيها، وحال لا يعلم ذلك فيها.

فإن علم أن غيره يقوم بها، فإنه يستحب له أن يبادر بأدائها ليحصل له أجر اقيام، وليقوى أمرها لكثرة عدد من يقوم بها، ولأن فى قيام العدد الكثير بها ردعًا لأهل الباطل، وإرهابا عليهم، ويصح أن يتناول هذا عموم قوله ﷺ: «خير الشهداء الذى يأتى بشهادته قبل أن يسألها»(*) ويكون معنى الإيتان بها، أداؤها عند الحاكم.

مسألة: فإن بين له أن غيره قد ترك القيام بها، أو لم يكن من يقوم بها غيره تعين عليه القيام بها لقوله تعالى: ﴿**وأقيموا الشهادة لله**﴾ [الطلاق: ٢]، وقوله: ﴿**ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه**﴾ [البقرة: ٢٨٣]، ولأن القيام بالشهادة من فروض الكفاية كالجهاد والصلاة على الجنائز، فإذا قام بها بعض الناس، سقط فرضها عن سائر الناس، وإذا ترك القيام بها جميعهم، أثموا كلهم إذا كان الحق مجمعًا عليه، وبالله التوفيق.

(*) أخرجه مالك فى الموطأ حديث رقم ١٥٥٣، وسيأتى تخريجه فى كتاب الحدود.

(*) أخرجه مسلم حديث رقم ١٧١٩. الترمذى حديث رقم ٢٢٩٥. أبو داود حديث رقم ٣٥٩٦. أحمد فى المسند حديث رقم ١٦٥٩٢.

فصل: وأما الضرب الثانى، وهو حق الآدميين، فإنه إن كان يجوز له إسقاطه مثل أن يرى ملك رجل يباع أو يوهب أو يحول عن حاله، فروى ابن القاسم فى العتبية: أن ذلك جرحة فى الشاهد حين رأى ذلك، ولم يعلم بعلمهم فيه. قال غيره فى المجموعة: وهذا إذا كان المشهود له غائبًا أوحاضرًا لا يعلم، وأما إن كان حاضرًا، فهو كالإقرار.

وقال ابن سحنون عن أبيه: إنما ذلك فيما كان من حق الله تعالى، أو كان الشاهد القيام به، وإن كذبه المشهود له كالحوالة والطلاق. وأما العروض والحيوان والرباع، فلا يبطل ذلك شهادته؛ لأن صاحب الحق إن كان حاضرًا، فهو أضاع حقه، وإن كان غائبًا، فليس للشاهد شهادة.

وقال القاضى أبو الوليد: وهذا عندى إنما يكون جرحة فى الشاهد، إذا علم أنه إذا علم كتمها، ولم يعلم بها، بطل الحق، فكتم ذلك حتى صولح على أقل مما يجب، أو حتى نالته بكتمان شهادته معرة، ودخلت عليه مضرة، فعلم ضرورته إلى شهادته، ولم يقم بها حتى دخلت عليه مضرة بكتمانه إياها، فهى جرحة فى شهادته. وأما على غير هذا الوجه، فلا يلزمه القيام بها؛ لأنه لا يدرى لعل صاحب الحق قد تركه.

فصل: وقوله ﷺ: «**الذى يأتى شهادته قبل أن يسألها**» قد تقدم من تأويل مالك فى ذلك ما بسطنا القول فيه، ويحتمل قوله: «**يأتى بها**» أن يأتى بها إلى صاحب الحق، فيخبره به من غير أن يعلم بذلك صاحب الحق، وإلى هذا ذهب الشيخ أبو إسحاق.

ويحتمل أن يريد بذلك أنه يأتيه لأدائها قبل أن يسألها، بمعنى أنه إذا سئل أداءها بادر، فأسرع إليه، ولم يحوج إلى تكرار السؤال كما يقال فلان يعطيك قبل أن تسأله، ويجيبك قبل أن تسأله، يريدون بذلك سرعة عطائه وسرعة جوابه، ولا يصح أن يريد بذلك أن يأتى بها الحاكم، فيؤديها عنده قبل أن يسأله صاحب الحق إياها؛ لأن الحاكم لا يسمعها منه، إذا لم يقم صاحب الحق بها.

وأما ما ورى عن النبى ﷺ أنه قال: «خيركم قرنى، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يأتى قوم يشهدوون ولا يستشهدون»(*).

وقد قال إبراهيم النخعى: إن معنى الشهادة فى الحديث: اليمين، يريد أنه يحلف قبل أن يستحلف.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٦٥١. مسلم حديث رقم ٢٥٣٥. الترمذى حديث رقم ٢٣٠٢. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٨٠٩. أبو داود حديث رقم ٤٦٥٧. أحمد فى المسند حديث رقم ١٩٣١٩.

١٣٨٢ - مَالِك عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ قَالَ: قَدِمَ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْعِرَاقِ، فَقَالَ: لَقَدْ جِئْتُكَ لأَمْرٍ مَا لَهُ رَأْسٌ وَلا ذَنَبٌ، فَقَالَ عُمَرُ: مَا هُوَ؟ قَالَ: شَهَادَاتُ الزُّورِ، ظَهَرَتْ بِأَرْضِنَا، فَقَالَ عُمَرُ: أَوَ قَدْ كَانَ ذَلِكَ قَالَ: نَعَمْ، فَقَالَ عُمَرُ: وَاللَّهِ، لا يُؤْسَرُ رَجُلٌ فِي الإِسْلامِ بِغَيْرِ الْعُدُولِ.

الشرح: قوله: «**جئتك بأمر ما له رأس ولا ذنب**» معناه ليس له أول ولا آخر، هذا مما تستعمله العرب على وجهين، أحدهما: يريدون به الكثرة، فيقول: هذا جنس لا أول له ولا آخر، إذا أخبرت عن كثرته. الوجه الثاني: يريد به الأمر المبهم الذى لا يعرف وجهه، ولا يهتدى لإصلاحه، فيقال: وليس لهذا أمر أول ولا آخر، بمعنى أنه مبهم، ليس له وجه يتناول منه، وهذا الحديث يحتمل الوجهين جميعًا، فيحتمل أن يريد به الكثرة فى كثرة شهود الزور، وأن يريد به عظم الفساد بهذا الأمر حتى لا يهتدى لإصلاحه.

فصل: وقوله: «**شهادة الزور ظهرت بأرضنا**» يريد الشهادة بالباطل، ظهرت بأرضهم، بعد أن لم تكن ولو كانت بأرضهم قديمًا لم يصفها الآن بالظهور، وإنما كان يصفها بالدوام أو بالبقاء والتزايد، وشهادة الزور من الكبائر.

والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿**والذين لا يشهدون الزور وإذا مروا باللغو مروا كرامًا**﴾. [الفرقان: ٧٢]. وما روى عن أبى بكربن عبدالرحمن بن أبى بكرة عن أبيه عن النبى ﷺ أنه قال: «ألا أنبئكم بأكبرالكبائر ثلاثًا، قالوا: بلى، يا رسول الله، قال: الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، وجلس، وكان متكئًا، ألا وقول الزور، فما زال يكررها حتى قلنا: ليته سكت»(*).

فصل: وقول عمر: «**أو قد كان ذلك**» دليل على أنه أمر لم يتقدم علمه به ولا عهده بذلك البلد قبل إخبار هذا المخبر، وذلك أن جميع الصحابة، ومن آمن بالنبى ﷺ فى زمنه، ورآه وكانوا عدولاً بتعديل الله إياهم وإخباره أنهم خير أمة أخرجت للناس، وقوله تعالى: ﴿**محمد رسول الله والذين معه أشداء على الكفار رحماء بينهم تراهم**

١٣٨٢ - أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ١٠/١٦٦. ابن حزم فى المحلى ٩/٣٩٤. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٩١.

(*) أخرجه البخارى فى صحيح حديث رقم ٢٦٥٤. مسلم حديث رقم ٨٧. الترمذى حديث رقم ١٩٠١، وقال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح.

ركعًا سجدًا يبتغون فضلاً من الله ورضوانًا سـماهم فى وجوههـم مـن أثـر السـجود﴾ [الفتح: ٢٩].

وبهذا كان التعديل فى حياة النبى ﷺ، يبين ذلك ما روى عن عبدالله بن عتبة قـال: سمعت عمر بن الخطاب يقول: إن ناسا كانوا يأخذون بـالوحى فـى عهـد رسـول الله ﷺ وإن الوحى قد انقطع، وإنما نؤاخذكم الآن بما ظهر لنا من أعمالكم، فمن أظهر لنـا خيرًا أمناه وقربناه، وليس لنا من سريرته شىء، الله يحاسبه فى سـريرته، ومـن أظهـر لنـا شرًا، لم نؤمنه، ولم نصدقه، وإن كانت سريرته حسنة.

فلما كان هذا حكم الصحابة كان الأمر فى زمن النبى ﷺ وأبـى بكـر وصـدرًا مـن زمن عمر على أن كل مسلم عـدل؛ لأنـه لـم يكـن فـى المسـلمين غـير صحـابى، وهـم عدول، فلما أخبر عمر بما أحدث من ذلك، قال: أو قد كان ذلك؛ لأنه قـد كـان يظـن الأمر على ما عهد، فلما أخبر أنه قد كان قال: «**والله لا يؤسر رجل فـى الإسـلام بغـير العدول**».

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن ثبت على شاهد أنه شهد بزور، فإن كان نسـيان وغفلـة، فلا شىء عليه، ومن كثر منه ذلك، ردت شهادته، ولم يحكم بها لفسقه.

فأما من ثبت عليه أنه يعمد ذلك، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يقـر بتعمـد ذلـك. والثانى: أن يرجع عن شهادته بعد أدائها، فأما إن أقر بتعمد شهادة الزور، فإنه يعاقب.

وروى ابن وهب عن مالك أنه يجلد. قال ابن الماجشون: يضرب بالسوط. قـال ابـن القاسم: يضربه القاضى قدر ما يرى. وقال ابـن كنانـة: يكشـف عـن ظهـره. قـال ابـن عبدالحكم: يضرب ضربًا موجعًا.

فرع: وروى ابن وهب عن مـالك: أنـه يطـاف بـه ويشـهر. وقـال ابـن الماجشـون: يطاف به فى الأسواق والجماعات. وقال ابن عبدالحكـم: يشـهر فـى المسـاجد والحلـق. قال ابن القاسـم: فـى مجـالس المسـجد الأعظـم. وروى ابـن المـواز وغـيره عـن مـالك: يسجن. وروى مطرف عن مالك: ولا أرى الحلق والتسخيم.

فرع: وهل تقبل شهادته إذا تاب، روى ابن المواز عن أشـهب عـن مـالك: لا تقبـل شهادته أبدًا. زاد عنه ابن نافع: وإن تاب. وهى روايـة ابـن القاسـم فـى المدونـة: وروى على عن ابن القاسم فى الموازية: تقبل شهادته إذا تاب، وأظنه لمالك.

وجه رواية أشهب وابن نافع أنه مما يسر ولا طريق إلى معرفة صلاح حاله.

ووجه الرواية الثانية أن هذا نوع فسق، فلا يمنع قبول الشهادة بعد التوبة كالقذف.

فرع: فإذا قلنا، تقبل شهادته إذا تاب، فبأى شىء تعرف توبته؟ قال ابن المواز: تعرف بالصلاح والدؤب فى الخير، وقد أشار إليه ابن الماجشون.

ووجه ذلك أن حاله الأولى كانت حال عدالة فى الظاهر، وقد وقع منه معها ما دل على أنها غير عدالة، فلا تثبت له توبة إلا بزيادة خير على ما كان عليه عند وجود شهادة الزور منه كالقاذف إذا كان عدلاً حين قذف.

فصل: وقول عمر: «**والله لا يؤسر رجل فى الإسلام بغير العدول**» قيل معناه لا يجلس، والأسر الحبس، ويحتمل أن يريد به لا يملك ملك الأسر، إقامة الحقوق عليه إلا بالصحابة الذين جميعهم عدول أو بالعدل من غيرهم، فمن لم يكن من الصحابة، ولم تعرف عدالته، لم تقبل شهادته، وهذا مذهب مالك والشافعى.

وقال أبو حنيفة: مجرد الإسلام يقتضى العدالة، فكل من أظهر الإسلام، حكم له بالعدالة، وقبلت شهادته حتى يعرف فسقه.

وحكى عنه أبو بكر الرازى أن ذلك إلى زمن أبى حنيفة؛ لأن القرن الثالث آخر القرون التى أثنى عليها رسول الله ﷺ، وأما من بعد القرن الثالث، فلا يكفى فى عدالتهم مجرد الإسلام.

والدليل على ما نقوله: قوله تعالى: ﴿**واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء**﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقال: ﴿**وأشهدوا ذوى عدل منكم**﴾ [الطلاق: ٢]، وهذا شرط اعتبار الرضى والعدالة، وذلك معنى يزيد على الإسلام أو على إظهاره.

ودليلنا من جهة القياس أن العدالة لما كانت شرطًا فى صحة الشهادة كان الجهل بوجودها مثل العلم بعدمها كالإسلام. وقد روى عن عمر بن الخطاب أنه كتب إلى أبى موسى الأشعرى: أن المسلمين عدول بعضهم على بعض، يحتمل أن يكون ذلك قبل أن يبلغه ما بلغ، ويحتمل أن يكون معنى أن الإسلام شرط فى العدالة، وأنه لا يقبل أحد غيرهم؛ لأنه محال أن يريد به قبول شهادة مسلم، علم منه فسق، والله أعلم.

مسألة: وللشاهد صفات لا يجوز أن يعرى منها: أن يكون بالغًا، عاقلاً

مسلمًا، عدلاً، عارفًا بالشهادة، وصفة تحملها التى يجوز معها إقامتها متحرزا فيها.

وإنما شرطنا البلوغ لقوله تعالى: ﴿**ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا**﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقوله تعالى: ﴿**ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه**﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وهذه صفة البالغ المكلف؛ لأن الأمر والنهى لا يتوجه إلا إليه.

ومن جهة المعنى أن الشاهد إنما يجب أن يكون ممن يخاف، ويتحرج من الإثم، فيشهد بالحق، ويتوقى الباطل، والصغير لا يأثم بشىء، ولا يخاف عقوبة، فلا شىء يردعه من كتمان الحق، والشهادة بالباطل، وإنما شرطنا العقل؛ لأن عدمه معنى ينافى التكليف كالصغر.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد روى أبو زيد عن ابن القاسم فى العتبية فى ابن خمس عشرة سنة، لم يحتلم: لا تجوز شهادته، إلا أن يحتلم، أو يبلغ ثمان عشرة سنة، فتجوز شهادته. وقال ابن وهب: تجوز شهادة ابن خمس عشرة سنة، وإن لم يحتلم.

وجه قول ابن القاسم أن هذا لم يحتلم، ولا بلغ السن الذى لا يبلغه غالبًا إلا محتلم، فأشبه ابن عشرة أعوام؛ لأن الخمس عشر سنة قد يبلغها من لا يحتلم.

واحتج ابن وهب فى ذلك بأن النبى ﷺ أجاز ابن عمر، وهو ابن خمس عشرة سنة(*).

قال ابن عبدالحكم وغيره فى غير العتبية: إنما أجازه لما رآه مطبقًا للقتال، ولم يسأله عن سنه، وليس فى هذا دليل على أنه حد للبلوغ.

مسألة: وإنما شرطنا الحرية خلافًا لمن قال: شهادة العبد مقبولة؛ لأن الرق نقص يمنع الميراث، فنافى الشهادة كالكفر.

مسألة: وإنما شرطنا الإسلام خلافًا لمن جوز شهادة الكفار على المسلم فى الوصية حال السفر، وإلا كانوا مجوسًا لقوله تعالى: ﴿**ممن ترضون من الشهداء**﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ولقوله: ﴿**وأشهدوا ذوى عدل منكم**﴾ [الطلاق: ٢]، ولم يخص سفرًا من حضر.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٦٦٤. مسلم حديث رقم ١٨٦٨. الترمذى حديث رقم ١٧١١. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٤٣١. أبو داود حديث رقم ٤٤٠٦. ابن ماجه حديث رقم ٢٥٤٣. أحمد فى المسند حديث رقم ٤٦٤٧. عن ابن عمر، ولفظه: «أن رسول الله ﷺ عرضه يوم أحد وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يجزنى، ثم عرضنى يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازنى».

والدليل على ما نقوله أن هذه حالة من أحوال الإنسان، فلم تجز فيها شهادة الذمى على المسلم كحال الإمامة.

وأما تعلقهم بقوله تعالى: **﴿يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخرون من غيركم إن أنتم ضربتم فى الأرض فأصابتكم مصيبة الموت تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله إن ارتبتم لا نشترى به ثمنًا ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله إنا إذا لمن الآثمين فإن عثر على أنهما استحقا إثما فآخران يقومان مقامهما من الذين استحق عليهم الأوليان فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وما اعتدينا إنا إذا لمن الظالمين ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها أو يخافوا أن ترد أيمان﴾** [المائدة: ١٠٧].

قالوا: فوجه الدليل من ذلك ما روى عن ابن عباس أنه قال: خرج رجل من بنى سهم مع تميم الدارى وعدى بن بداء، فمات السهمى بأرض بيد، ليس فيها مسلم، فلما قدما فقدوا جامًا من فضة مخوص بذهب، فأحلفهما رسول الله ﷺ ثم وجدوا الجام بمكة، فقالوا: ابتعناه من تميم وعدى، فقام رجلان من أوليائه، فحلفا لشهادتنا أحق من شهادتهما، وأن الجام لصاحبهم.

قال ابن عباس: وفيهم نزلت هذه الآية: **﴿يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت﴾** [المائدة: ١٠٦](*) . والجواب أن الآية لا تتضمن شيئًا مما ذكرتم.

وقد قال الحسن البصرى: إن معنى قوله تعالى: **﴿ذوا عدل منكم﴾** [المائدة: ٩٥] يريدون قبيلكم **﴿أو آخران من غيركم﴾** [المائدة: ١٠٦] يريد من غير الإسلام، فلا يكونان شهيدين، ويكون حكمهما ما تضمنته الآية من استحلافهما.

وجواب ثالث، وهو أن سبب نزول هذه الآية، وما ذكر فى ذلك عن ابن عباس ينافى الشهادة، ولذلك استحلفوا، ولو كانوا شهودًا لم يستحلفوا؛ لأنه لا خلاف فى أن الشاهد لا تجب عليه يمين، وإنما يستحلف من ادعى عليه حق.

ولذلك روى عن مجاهد أنه قال: معنى الآية أن يموت الرجل، فيحضر موته مسلمان أو كافران، لا يحضره غيرهما، فإن رضى ورثته ما غاب عليه من التركة، فذلك،

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٧٨٠. الترمذى حديث رقم ٣٠٥٩، ٣٠٦٠. أبو داود حديث رقم ٣٦٠٦.

ويحلف الشاهدان أنهما لصادقان، فإن غيرا ووجد لطخ أو لبس أو شبه حلف الأوليان من الورثة، واستحقا، وأبطلا أيمان الشاهدين، وقد يسمى الحالف شاهدًا، ويقول الحالف: أشهد بالله.

ولذلك روى عن النخعي: كانوا يضربوننا على الشهادة والعهد يعنى على اليمين هلى هذا الوجه.

فرع: ولا تجوز شهادة الذمى خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن ذلك جائز.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿**وأشهدوا ذوى عدل منكم**﴾ والعدالة تنافى الكفر.

ودليلنا من جهة القياس أن من لا تجوز شهادته على مسلم، لم تجز شهادته على كافر كالمجوسى والحربى.

مسألة: ولا تجوز شهادة الفاسق؛ لأن من شرط الشهادة العدالة لما تقدم، وإنما يراعى في هذه الصفات وقت الأداء لا وقت التحمل، فلو تحمل الشهادة، وهو صغير عبد كافر، ثم أداها بعد أن أسلم، وبلغ وأعتق، وكملت له صفات الشهادة، قبلت شهادته، ولو تحملها فى حال عدالة، ثم أداها فى حال فسق، لم تقبل شهادته.

وكذلك لو أشهدوا على شهادته فى حال فسقه، ثم أداها من علمها عنه بعد أن بلغ العدالة ثم تصح شهادتهم؛ لأن الاعتبار فى ذلك بصفاتهم وقت إشهاره على شهادته، قال ذلك سحنون، قال: وهو قياس مالك وأصحابه.

فرع: ولو شهد الشاهدان بها عند الحكم، فردها لمعنى من هذه المعانى، ثم زال من ذلك المعنى، لم يصح أداؤها لهما، ولو أدياها، لم يجز للحاكم الحكم بها، هذا قول مالك والشافعى. وقال الحكم بن عينية: إن ردت شهادته لصغر أورق أو كفر، قبلت بعد ذلك، وإن ردت لفسق أو تهمة، لم تقبل بعد ذلك، مثل أن يشهد لزوجته بشهادة، فترد، ثم يطلقتها، فإنه لا يقبل لها فى تلك الشهادة، وبه قال أبو حنيفة.

والدليل على ما نقوله أن هذا ردت شهادته لمعنى فيه أوجب ردها، فلم يجز قبوله فيها، وإن زالت ذلك المعنى كالفسق.

مسألة: وإنما شرطنا أن يكون عالمًا بتحمل الشهادة؛ لأنه من لم يكن عنده علم لتحملها، لم يؤمن عليه الغلط فيها، وترك ما هو شرط فى صحتها، وإنما شرطنا أن يكون متحرزًا فيها؛ لأن من لم يكن متحرزًا، لم يؤمن عليه التخييل من أهل التخييل، فيشهد بالباطل، ولم يعلم.

مسألة: وهل من شرطه، أن لا يكون مولى عليه، روى أشهب عن مالك في العتبية والمجموعة: إن شهادة المولى عليه تجوز، إن كان عدلاً. قال ابن المواز: وهذه رواية ابن عبدالحكم.

وقال أشهب: لا تجوز شهادته، وإن كان مثله لو طلب ماله أخذه. قال ابن المواز: وهو أحب إليّ. قال: ولا تجوز شهادة البكر فى المال حتى تعنس، وإن كانت من أهل العدل.

وجه القول الأول قوله تعالى: ﴿**وأشهدوا ذوى عدل منكم**﴾ [الطلاق: ٢]، ولم يفرق بين المولى وغيره، وإنما الولاية عليه لقلة معرفته بحفظ المال وتميزه، وذلك لا يمنع قبول شهادته مع العدالة.

ووجه القول الثانى أن من شرط الشاهد أن يعرف التحرز، فإذا لم يكن من أهل التحرز فى حفظ ماله، ولا يوثق به فى ذلك، فبأن لا يوثق به فى أداء شهادته أولى.

فصل: إذا ثبت ذلك، فالشهود على ثلاثة أقسام، قسم يعرف الحاكم عدالته، وقسم يعرف فسقه، وقسم يجهل أمره.

فأما القسم الأول، وهو من يعرف عدالته، فيجب على الحاكم الحكم بشهادته، إن لم يكن للمحكوم عليه مدفع فيها. قال سحنون فى العتبية: وذلك مثل الرجل المشهور بالعدالة، وعند الحاكم من معرفته مثل ما عند من يعدله، فهذا الذى على الحاكم أن يقبله.

وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: إذا كان القاضى يعرف الرجل، وكان يزكيه عند غيره، لو لم يكن قاضيًا، فهذا الذى يسعه قبول شهادته.

وأما الضرب الثانى، وهو من يعرف فسقه، فلا يجوز له أن يحكم بشهادته، بل يجب عليه ردّها، وذلك على ضربين، أحدهما أن يعرف الحاكم فسقه. والثانى: أن يخرج عنده بأنه يرتكب محظورًا كالزنا والسرقة وشرب الخمر والعمل بالربا. قال الشيخ أبو إسحاق: ولا تقبل شهادة أحد من أهل الأهواء، وإن كان لا يدعو إلى بدعته، وتقبل شهادة القراء فى جميع الأشياء إلا شهادة بعضهم على بعض، فإنهم يتحاسدون كالضرائر.

وقد اختلف فى شهادة القراء بالألحان وأحب إليّ أن لا تجوز، والبخيل الذى ذمه

الله ورسوله هو الذى لا يؤدّى الزكاة، فمن أدّى زكاة ماله، فليس ببخيل، ولا ترد شهادته.

وقال بعض أصحابنا: إن شهادة البخيل مردودة، وإن كان مرضى الحال، يؤدى زكاة ماله؛ لأنه ساقط المروءة، ولذلك يمنع قبول الشهادة، وكذلك ترد شهادة من يترك واجبًا كترك الصلاة والصيام حتى يخرج الوقت المشروع لها، وأما ترك الجمعة، فجرحة فى الجملة.

واختلف فى تركها مرة واحدة، فقال أصبغ: هى جرحة كالصلاة من الفريضة، فتركها مرة واحدة، فيؤخرها عن وقتها، وهذا ظاهر ما روى عن ابن القاسم فى العتبية. وقال سحنون: لا يكون جرحة حتى يتركها ثلاثة متوالية، ومثله روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك.

مسالة: وهذا ما كان من العبادات على الفور. وأما ما كان على التراخى، فإنها لا تبطل شهادته، حتى يترك ذلك المدة الطويلة التى يغلب على الظن تهاونه بها مع تمكنه من أدائها.

قال سحنون: فمن كان صحيح البدن، متصل الوفر، قد بلغ عشرين إلى أن بلغ ستين سنة، فلا شهادة له، وإن كان من أهل الأندلس، يريد إذا ترك الحج.

مسألة: وأما ترك المندوب إليه بما كان منه يتكرر، ويتأكد كالوتر، وركعتى الفجر، وتحته المسجد، وما قد واظب عليه الناس، فإن أخل بفعله مرة أو مرارًا لعذر أو غير عذر، فلا تسقط بذلك عدالته.

وأما من أقسم أن لا يفعله أو تركه جملة، فإن ذلك يسقط شهادته. والأصل فى ذلك قوله تعالى: **﴿ولا يأتل أولو الفضل منكم والسعة أن يؤتوا أولى القربى والمساكين والمهاجرين فى سبيل الله﴾** [النور: ٢٢].

وما روى عن عائشة قالت: «سمع رسول الله ﷺ صوت خصوم بالباب عالية أصواتهما، فإذا أحدهما يستوضع الآخر، ويسترفقه فى شىء، وهو يقول: والله لا أفعل، فخرج عليهما رسول الله ﷺ فقال: «أين المتألى أن لا يفعل المعروف، فقال: أنا يا رسول الله، فله أىّ ذلك أحب(*).

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٧٠٥. مسلم حديث رقم ١٥٥٧.

فوجه الدليل فيه أن النبي ﷺ أنكر عليه يمينه بذلك، إنكارًا اقتضى إقلاعه عنه وتوبته منه، فمن أصر على مثل ذلك، وجب رد شهادته. وأما الذى قال للنبي ﷺ حين أخبره بالفرائض: والله لا أزيد على هذا ولا أنقص منه، فإنه لم يحلف على أن لا يأتى بنافلة، ولا يعمل شيئًا من الخير، ولكنه أقسم أن لا يفعل على وجه الوجوب عندما أخبره به النبي ﷺ عن وجوبه.

وإن أجاز أن يفعل غير ذلك من جنسه على وجه النفل، ويحتمل أن يريد أنه لا يزيد عليه زيادة تفسده، فلا يزيد على ركعات الصلاة، فيصليها خمسًا، ولا ينقص فيصليها ثلاثًا، وإن جاز أن يزيد فيها، وينقص منها ما لا يخل بصحتها.

فصل: وأما من جهل الحاكم أمره، فلا يعرفه بعدالة ولا فسق، فلا يخلو أن يتناول شهادة ما يعدم شهادة أهل العدل فيه فى الأغلب، أو ما لا يعدم ذلك فيه غالبًا مثل شهادة أهل الرفقة بعضهم على بعض فيما يختص بمعاملات السفر من بيع، أو شراء، أو قرض، أو كراء، أو قضاء، وما جرى مجرى ذلك.

فأما بيع العقار والأموال التى تجر العادة ببيعها فى السفر، فلا يقبل فيها إلا العدول، وكذلك ما شهد به بعضهم على بعض فيما يوجب الحد أو الضرب كالسرقة والتلصص والزنا والغصب الموجب لضرب، فلا يقبل فى ذلك إلا أهل العدالة، وإنما تجوز شهادة التوسم فىالأموال لصلاح السفر واتصال السبل. وورى ذلك ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون.

ووجه ذلك ما احتج به الشيخ أبو إسحاق من قوله تعالى: ﴿**واسأل القرية التى كنا فيها والعير التى أقبلنا فيها وإنا لصادقون**﴾ [يوسف: ٨٢].

ومن جهة المعنى ما تدعو إليه الضرورة فى السفر من قبول أهل الرفقة، ومن لا يكاد يوجد فيها غيرهم.

مسألة: وإنما يقبلون على التوسم، وذلك أن يتوسم فيهم الحاكم الحرية والإسلام. زاد الشيخ أبو إسحاق: والمروءه والعدالة، ولا يمكن المشهود عليه من تجريحهم؛ لأن من اجترأ على غير العدالة لا يمكن من تجريحه كالصبيان.

وإن ارتاب السلطان قبل الحكم، فإن كان سبب الريبة، قطع يد أو رجل أو جلد ظهر، فليتوقف، ويتثبت فى توسمه، فإن ظهر له نفى تلك الريبة، وإلا أسقطهم، ولو شهد منهم واحد أو امرأة أو عدد لاتوسم أن الذين قبلوا بالتوسم عبيد أو

مسخوطون، وذلك قبل الحكم، فإن السلطان يتثبت فيهم، ويكشف عنهم، فإن ظهر له بعض ما قيل أمسك عن إمضاء شهادتهم.

وإن لم يظهر له ذلك، حكم بها، وإن كان ذلك بعد الحكم بشهادتهم، فلا ترد بشيء مما ذكرناه قبل هذا إلا أن يشهد عدلان أنهما أو أحدهما على صفة تمنع قبول الشهادة.

مسألة: وأما إذا تناولت شهادة الشاهدين ما لا يعدم شهادة أهل العدل فيه غالبًا، فإنه لا يقبل شهادتهما، إلا بعد التزكية. روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: ليس تعديل الشهداء إلى المشهود عليه، وإنما ذلك إلى الحاكم ينظر فى ذلك لنفسه، سمى له ذلك المشهود عليه أو لم يسم.

وفى ذلك خمسة أبواب، الباب الأول: فى عدد المزكين. والباب الثانى: فى صفة المزكى. والباب الثالث: فى معنى العدالة، وما يلزم المزكى من معرفة ذلك. والباب الرابع: فى لفظ التزكية. والباب الخامس: فى تكرار التعديل وما يلزم منه.

الباب الأول: فى عدد المزكين

وذلك على وجهين، تزكية علانية، وتزكية سرية. فأما تزكية العلانية، ففى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك: لا يجزئ فى التزكية أقل من اثنين.

ووجه ذلك قوله تعالى: ﴿**واستشهدوا شهيدين من رجالكم**﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وهذا فى كل شيء إلا فى تزكية شهود الزنا، فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك: لا يعدل كل واحد إلا بأربعة. وقال ابن الماجشون: يجوز فى تعديلهم ما يجوز فى تعديل غيرهم، اثنان على كل واحد، أو أربعة لجميعهم.

مسألة: وأما تزكية السر، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ: ينبغى أن يكون للحاكم رجل عرف دينه وفضله وميزه وتحرزه لا يعرفه أحد سوى الحاكم، فيبحث عن أحوال الناس، ويكتتم بذلك، فإذا كلفه القاضى أن يتعرف له حال شاهد تسبب إلى ذلك بالبحث والسؤال من حيث لا يعلم به أحد، ثم يعلم الحاكم بما عنده من ذلك، فهذه تزكية السر.

فرع: وكم عدد المزكين فى السر؟ فى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك: يكفى فى ذلك الرجل الواحد العدل. وفى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك: لا

أحب أن يسأل فى السر أقل من اثنين. وقال سحنون: لا يقبل فى السر إلا اثنان.

وجه القول الأول أنه نائب عن الحاكم، فاقتضى ذلك انفراده.

ووجه القول الثانى أنها شهادة فى تعديل كتزكية العلانية.

مسألة: والأفضل فى التعديل أن يجمع بين السر والعلانية. وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ: لا ينبغى أن يكتفى بتعديل العلانية دون تعديل السر، وقد يجزى تعديل السر عن تعديل العلانية.

ووجه ذلك أن تعديل السر لا يجتزى فى ذلك السائل إلا بالخبر الفاشى المتكرر المتحقق الذى يقع به العلم للمستخبر، ولذلك لا يعذر فيه إلى أحد.

وأما تعديل العلانية، فيقبل فى ذلك شاهدان فلا يقوى قوة ما يقع به العلم ولذلك يعذر فيه إلى المشهود عليه، فإذا أمكن أن يجمع بين الأمرين، فهو أولى ليستوى فى تعديله السر والجهر، وإن اقتصر فى الرجل المشهور الفضل بتزكية السر، فلا بأس بذلك لما عليه من الغضاضة بمطالبته بالتزكية والتوقف فى قبول شهادته حتى يزكى.

فإن لم تعلم حالته بالسؤال فى السر عن أمره، ولم يوجد من يخبر بذلك عنه إلا الرجلان والثلاثة، اضطر فى أمره إلى تزكية العلانية، واجتزئ بها فى الذى لم تشتهر عينه. وفى المدونة: يكفى فى ذلك أن يزكى فى السر أو العلانية، والله أعلم وأحكم.

الباب الثانى: فى صفة المزكى

روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن عبدالحكم وأصبغ: لا يجوز تعديل الرجل، وإن كان عدلا يعرف وجه التعديل. ورواه مطرف عن مالك. وقال سحنون من رواية ابنه عنه: لا تقبل تزكية الأبله من الناس. وقال سحنون: وليس كل من تجوز شهادته، يجوز تعديله، ولا يجوز فى التعديل إلا المبرز، النافذ، الفطن، الذى لا يخدع فى عقله، ولا يستزل فى رأيه.

ووجه ذلك أن معرفة أحوال الناس ومعرفة الجائز منها من غيره مما يخفى ولا يعلمه إلا آحاد الناس، وأهل الميز، والحذق منهم وأما دفع عقد إلى شاهد يشهد فيه بما يشهده عليه المتعاقدان فى بيع أو غيره، فذلك أمر ظاهر يبعد من الخطأ والمخادعة لمن له أقل معرفة وأيسر جزء من التحرز.

فرع: ولا يجوز أن يكون المعدلان غير معروفين عند الحاكم، فيزكيان عنده إذا كان

شاهد الأصل من أهل البلد، وإن كان غريبًا، جاز ذلك، قاله مالك فى المدونة وغيرها.

ووجه ذلك أن الغريب قد يكون مجهول الحال فى البلد، فلا يعرف عدالته إلا من يعرف الحكم، فيحتاج أن يعرف به. وأما المساكن بالبلد، فحاله فى الأغلب معلومة كحال المزكى له، فلا يقبل فى تزكيته إلا أهل العدالة على ما وصفنا قبل هذا.

الباب الثالث: فى معنى العدالة وما يلزم المزكى من معرفة ذلك

من لا يعرفه الحاكم بهذه الصفة، يطلب فيه التزكية. قال سحنون: يزكيه عنده من يعرف باطنه كما يعرف ظاهره، من صحبه الصحبة الطويلة، وعامله بالأخذ والإعطاء. قال ابن سحنون عن أبيه: فى الحضر والسفر. قال مالك: كما يقال لمن مدح رجلاً، أصحبته فى سفر، أخالطته فى مال.

قال مالك فى الرجل يصحب الرجل شهرًا، فلا يعلم منه إلا خيرًا، لا يزكيه بهذا، وهو كبعض من يجالسك، وليس هذا باختبار.

وقال يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى الشاهد لا يعرفه القاضى بعدالة ولا فساد، إلا أنه ممن يحضر الصلوات فى المساجد، قال سحنون: يعرفه بظاهر جميل من أهل المساجد والجهاد. قال ابن القاسم: لا يقبل شهادته، ويطلب فيه التزكية. قال سحنون: لا يزكيه بذلك.

مسألة: إذا ثبت أن التزكية تفتقر إلى أن يعرف المزكى من حال الشاهد ما ذكرناه، ففى العتبية عن سحنون ما معناه: أنه لا يؤثر فى ذلك أن يقارف بعض الذنب كالأمر الخفيف من الزلة والفلتة، فمثل هذا لا يمنع من عدالته.

قال مالك: من الناس من لا تذكر عيوبهم، يكون عيبه خفيفًا، والأمر كله حسن، ولا يعصم أحد من أهل الصلاح، وتقبل شهادة التلاعب بالشطرنج، ولو لم تقبل إلا ممن لا يقارف شيئًا من العيوب، ما قبلت لأحد شهادة.

مسألة: ويزكى الشاهد، وهو غائب عن القاضى، قاله ابن القاسم فى المدونة: معناه، والله أعلم، أنه مشهور العين والاسم عند القاضى، والمزكى معروف العين، وإن لم يكن كذلك، فلا يزكى إلا عينه. وقد روى ابن سحنون عن أبيه: يصح أن يزكى المزكى رجلاً لا يعرف اسمه، وقاله ابن كنانة.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعنى ذلك عندى أنه زكاه على عينه، وأن

هذا أمر يقل وينـدر، إذا كـان لا يصح تزكيته لـه بعـد المداخلـة فـى السـفر والحضـر، والمعاملة الطويلة بـالأخذ والإعطـاء، ويكـون مـع ذلـك لا يعـرف اسـمه، إلا أن يكـون مشهورًا بكنية كأبى بكر بن عبدالرحمن بن الحرث بن هشام وأبـى بكـر بـن عبـاس، أو يغلب عليه لقب قد رضيه كأشهب بن عبد العزيز، واسمه مسكين، وكنيته أبـو عمـرو، وأشهب لقب، وكذلك سحنون اسمه عبدالسلام، وكنيته أبو سـعيد، وسـحنون لقـب، فمثل هذا يمكن فيه ما قال، والله اعلم، ومع ذلك، فإنى أقول إن الجهل باسمه يؤثر فـى تزكيته، وإنما يقل مع ما شرط من سبب معرفته.

الباب الرابع: فى لفظ التزكية وحكمها

قد قال مالك من رواية ابن وهـب عنـه فـى المزكـى يقـول: لا أعلـم إلا خـيرًا، قـال مالك: ويلقاه فى الطريق ولا يعلم منه إلا خيرًا، ولا يجوز هذا. قال سحنون: ولا يجزئـه أن يقول: هو صالح. وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشـون وأصبـغ: يجزئـه فـى ذلك لفظ العدل والرضى.

وقال القاضى أبو بكر: كل لفظ كنى به عن العدل والرضى، فإنه يجزئ، وإنما اختـير لفظ العدل والرضى؛ لأنه الذى ورد به القرآن، قال الله تعـالى: ﴿**وأشـهدوا ذوى عـدل منكم**﴾ [الطـلاق: ٢]، وقـال عـز مـن قـائل: ﴿**ممن ترضـون مـن الشـهداء**﴾ [البقـرة: ٢٨٢].

قال الشيخ أبو القاسم: ولا يقتصـر علـى أحـد الوصفـين مـن العـدل والرضـى حتـى يجمعهما.

فرع: إذا ثبت أن الاعتبار بمعنى العدالة، وأن الاختيـار لفـظ العدالـة والرضـى، فقـال مطرف وابن الماجشـون وابـن عبدالحكـم وأصبـغ: يجزئـه أن يقـول: أراه عـدلاً رضـى، وليس عليه أن يقول: وأعلمه عـدلاً رضـى، جـائز الشـهادة، ولا تقبـل منـه إذا قـال: لا أعلمه إلا عدلاً رضى. قال سحنون: ولا يقبل منه حتى يقول: إنه عدل رضى.

وجه الرواية الأولى أن التعديل إخبار عما يعتقد فيه مـن الصـدق، لمـا ظهـر إليـه مـن الأحوال المرضية، ولا يصح أن يقطع على مغيبه.

وجه الرواية الثانية، التزكية وأن الرضى والعدالـة متعلقـة بمـا ظهـر إليـه مـن أحوالـه، وذلك مقطوع به.

الباب الخامس: فى تكرار التعديل وما يلزم منه

قد روى فى المجموعة أشهب عن مالك فى الرجل يشهد، فيزكى، ثم يشهد ثانية: تقبل شهادته بالتزكية الأولى، وليس الناس كلهم سواء، منهم المشهورون بالعدالة، ومنهم من يغمص منه الناس.

قال ابن كنانة: أما الذى ليس بمعروف، فإنه يؤتنف فيه تعديل ثان، وأما المشهور بالعدالة فالتعديل الأول يجزئ فيه، حتى يخرج بأمرين.

وروى ابن حبيب عن مالك ومطرف وابن الماجشون: ليس عليه ائتناف تعديل، إلا أن يغمز فيه بشىء، أو يرتاب منه، ولا يزيده طول ذلك إلا خيرًا.

وجه القول الأول، الذى ليس بمشهور العين، ولا مشهور العدالة، فإنه يمكن أن يكون فيه أحوال خفيت عن المعدلين، وربما يتعذر تجريحه على المشهور عليه لخفاء عينه، وقلة العلم به، فيؤتنف فيه التعديل ليحقق أمره، ويستبرأ حاله.

ووجه القول الثانى أن الحكم الأول بتعديله باق لا ينقصه التجريح والارتياب، فلا يلزم تجديد حكم آخر فيه.

فرع: فإذا قلنا إنه يؤتنف فيه التعديل، فقد قال أشهب فى المجموعة: إن شهد مرة ثانية بعد زمان الخمس سنين ونحوها، فليسئل عنه المعدل الأول، فإن كان قد مات عدل مرة أخرى، وإلا لم يفعل.

وروى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية: إن كانت الشهادة الثانية قريبة من الأشهر وشبهها، ولم يطل جدًا، لم يطلب تزكية، وإن كان قد طال، فليكشف عنه ثانية، طلب ذلك المشهود عليه أو لم يطلب، والسنة كثير.

مسألة: ومن الذى يكلف تعديله؟ فى العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم، أنه يسأله من يعدله، فإن لم يأته بذلك، فلا يقبله. قال سحنون: ولا يطلب التزكية من الشاهد، وذلك على الخصم، وإنما عليه أن يجيز الحكم من يعرفه ومن يعدله.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا هو الأظهر عندى، فإذا قلنا بذلك، فإن الحاكم يكلف من يشهد له يزكيه من لا يعرفه، فإن زكاه وإلا رد شهادته لقوله تعالى: ﴿**ممن ترضون من الشهداء**﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وإذا لم يعرف عدالته، لم يرضه.

١٣٨٣ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: لا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَصْمٍ وَلا ظَنِينٍ.

الشرح: قوله: «**لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين**» قال ابن كنانة فى المجموعة: الخصم فى هذا الحديث الرجل يخاصم الرجل فى الأمر الجسيم، مثله يورث العداوة والحقد، فمثل هذا لا تقبل شهادته على خصمه فى ذلك الأمر وفى غيره، وإن خاصمه فيما لا خطب له كثوب قليل الثمن ونحوه مما لا يوجب عداوة، فإن شهادته عليه فى غير ما يخاصمه فيه جائزة. وقال يحيى بن سعيد: الخصم فى هذا الحديث الوكيل، وقاله ابن وهب.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والوجهان عندى محتملان، فيحتمل أن يريد به العدو والمخاصم، ويحتمل أن يريد به الوكيل على خصومته، لا تقبل شهادته على ما يخاصم فيه.

مسألة: وكذلك إذا كان حقًا لله تعالى، فقام به أحد يطلبه، ويخاصم فيه، فإنه لا تقبل شهادته فيه، قاله ابن القاسم فى العتبية. وروى ابن حبيب عن مطرف: أن شهادته جائزة.

وجه قول ابن القاسم أن الناس قد جلبوا على أن من خاصم فى شىء، أن له إتمامه والنفاذ فيه، فلا يؤمن على هذا المخاصم أن يزيد فى شهادته ما ينفذ به فيما يحاوله.

ووجه قول مطرف أن هذا حق لله تعالى، فلا يتهم أحد فيه؛ لأن الواجب على كل أحد القيام به، ولو لم تقبل شهادة قائم به لما قبلت شهادة أحد؛ لأن كل أحد يتعين عليه القيام به، والقائم به لا يجر به منفعة إلى نفسه، فلا يمنع ذلك من قبول شهادته.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن خصومتهما معتبرة بالتهمة فى أداء الشهادة، فإن أداها قبل الخصومة، ثم حدثت الخصومة قبل الحكم.

قال القاضى أبو الوليد: فالصواب عندى الحكم بها، وإن تحملها قبل الخصومة، ثم حدثت الخصومة، فإن كان أشهد بها قبل الخصومة، ثم أداها بعد الخصومة، فهى جائزة، حكاه الشيخ أبو محمد فى نوادره عن ابن الماجشون.

وإن لم يشهد بها وأداها فى حال الخصومة أو بعدها بالقرب منها، فهى غير جائزة،

١٣٨٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٩٢.

وإن كان بعدها مدة لا تلحق فى مثلها التهمة، جازت الشهادة، وإن أداها قبل العداوة، ثم حدثت العداوة قبل الحكم بها، فقد قال ابن القاسم وأشهب: إن الشهادة ماضية يجب الحكم بها.

فرع: وقوله: «**ولا تجوز شهادة خصم ولا ظنين**» يريد لا يجوز أداؤها، وأما تحملها، فتعتبر بوقت أدائها، وللشهادة حالان، حال تحمل، وحال أداء، وإنى أفرد لكل واحد منهما بابًا، إن شاء الله تعالى.

الباب الأول: فى تحمل الشهادة

أما تحمل الشهادة، فعلى ثلاثة أضرب، أحدها: تحمل نقلها من الأصل. والثانى: تحمل نقلها عن الشهود. والثالث: تحمل نقل حكمها عند الحاكم.

فأما تحمل نقلها من الأصل، فعلى ضربين، أحدهما: أن يسمع لفظ الذى عليه الحق بالشهادة له أو إقراره. والضرب الثانى: أن يشهد على ما تقيد فى كتاب.

فأما الضرب الأول، وهو أن يسمع ما يشهد به، فهو إذا وعاه، جاز أن يشهد به، ويلزمه ذلك، إذا لم يقم بالشهادة غيره، وتجوز على هذا شهادة الأعمى خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: لا تجوز ما تحمل حال العمى.

وللشافعى فى قول: ولا تجوز شهادته إلا أن يكون المشهود له، والمشهود عليه فى يديه إلى أن تؤدى الشهادة بالإشارة إليهما.

والدليل على ما نقوله أن كل من صح منه معرفة المقر والمقر له، جاز أن تقبل شهادته بينهما مع العدالة كالمبصر، والأعمى يعرف ذلك بمعرفة الصوت، يدل على ذلك ما احتج به سحنون من أنه يجوز له أن يطأ امرأته بمعرفة صوتها، ويؤيد ذلك أنه يجوز له أن يحلف على حقه بمعرفة صوت مبايعه، والمقترض منه. قال المغيرة وابن نافع وسحنون: سواء ولد أعمى أو عمى بعد ذلك.

مسألة: وأما إذا لم يع جميع ما شهد به، فإن كان نسى منه ما لا يخل بما حفظ، فليشهد بما حفظ وتيقنه دون ما يشك فيه، وإن كان نسى ما يخاف أن يكون مؤثرًا لما حفظ، ومغيرًا لحكمه، فلا يشهد به، وهذا حكم الإقرار فيمن سمع رجلاً يحدث غيره بما فيه إقرار، ففى المدونة عن ابن القاسم، قال مالك: فى الرجل يمر بالرجلين يتكلمان، ولم يشهداه، فيدعوه أحدهما إلى الشهادة، أنه لا يشهد. قال ابن القاسم: إلا أن يستوعب كلامهما.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: وذلك عندى على وجهين، أحدهما: أن يكون لمالك فى ذلك قولان، أحدهما: أنه لا يشهد به على الإطلاق مخافة الاستغفال والتحيل على المقر. والثانى: أنه يلزمه أداء الشهادة إذا استوعب الكلام، ولم يفته ما يخاف أن يخل بالمعنى.

والوجه الثانى أن يكون ما قاله ابن القاسم تفسيرًا لقول مالك. والوجه الأول أظهر لقول ابن القاسم: قول مالك الأول: لا يشهد.

وفى الموازية عن مالك، ما يقوى هذا التأويل فيمن سمع رجلين يتنازعان، فأقر أحدهما للآخر، ولم يشهد السامع، إلا أن يكون قاذفًا. وقال أشهب: هذه رواية فيها وهم، وليشهد بما سمع من إقراره، وإن لم يعلم المقر له، فليعلمه.

وقد اختلف قول مالك وأقوال أصحابه فيما يتعلق بهذا المعنى، ويرجع إليه، ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم فى شهادة المختفى على الإقرار: إذا كان المقر ممن يخاف أن يخدع أو يستضعف، لم يلزمه ذلك، ويحلف أنه ما أقر إلا لما يذكر من ذلك، وأما من لا يخاف عليه ذلك، وهو فى الخلوة يقر، ويجحد عند البينة، فعسى أن يلزمه ذلك، ورواه ابن المواز عن مالك، قال عيسى بن دينار: أرى ذلك ثابتًا.

وسئل سحنون عن ذلك، فقال: حدثنا ابن وهب أن الشعبى وشريحًا كانا لا يجيزان ذلك، فظاهر ما جاوب به من الرواية الأخذ بها فى المنع.

واختلف قول مالك فى الرجلين يتحاسبان بحضره رجلين، ويشترطان عليهما أن لا يشهد بما يقران به، فيقر أحدهما، فيطلبهما الآخر بالشهادة، فروى ابن القاسم عن مالك: يمتنعان من الشهادة، ولا يعجلا، فإن اصطلح المتداعيان، وإلا فليؤديا الشهادة.

وروى عنه ابن نافع: لا أرى بامتناعهما من الشهادة بينهما بأسًا. وقال الشيخ أبو إسحاق: لا تجوز شهادة الحاكم بما سمع من الخصوم، وكذلك شهادة من توسط بين اثنين.

مسألة: إذا سأل المستفتى فقيهًا عن أمر ينوى فيه، ولو أقر عند الحاكم أو أرسر به بينة، لم ينو، وفرق بينه وبين امرأته فأتته الزوجة تسأله عن الشهادة، ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: لا يشهد عليه. زاد ابن المواز: ولو شهد لم ينفعها؛ لأن إقراره على غير الإشهاد، وما أ قر به من طلاق أو حد مما لا رجوع له عنه ثم أنكر، فليشهد به عليه. وقال الشيخ أبو إسحاق: ولا تجوز شهادة الفقيه بما سئل عنه.

فصل: وأما إذا شهد على تقيد فى كتاب، فلا يخلو أن يكون غير مختوم أو مختومًا، فإن كان غير مختوم، فعندى أنه يلزمه أن يقرأ ما تقيدت به الشهادة فى آخر العقد، إن كان يقرأ أو يقرأ له، إن كان أميًا أو أعمى؛ ليعلم بذلك موافقة تقيد الشهادة لما شهد به.

وإن كان الكتاب مختومًا، ففى المعونة للقاضى أبى محمد اختلف قول مالك فيمن دفع إلى شهود كتابًا مطويًا، وقال: اشهدوا علىَّ بما فيه، هل يصح تحملهم للشهادة أم لا؟ وكذلك الحاكم إذا كتب كتابًا إلى حاكم، وختمه، وأشهد الشهود بأنه كتابه، ولم يقرأ عليهم، فعنه فى ذلك روايتان، إحداهما: أن الشهادة جائزة. والأخرى: أنهم لا يشهدون به، إلا أن يقرؤه وقت تحمل الشهادة.

فوجه الجواز أنه أشهدهم على إقراره بما فى كتاب عرفوه، فصح تحملهم للشهادة وأصله إذا قرأه عليهم. واستدل القاضى أبو إسحاق لذلك بأن رسول الله ﷺ دفع كتابًا إلى عبدالله بن جحش، وأمره أن يسير ليلتين، ثم يقرأ الكتاب، فيتبع ما فيه.

قال: ووجه المنع قوله تعالى: ﴿**وما شهدنا إلا بما علمنا**﴾ [يوسف: ٨١]، وإذا لم يقرأوا الكتاب لم يعلموا ما يشهدون به، فلم تجز شهادتهم.

الباب الثاني: فى حال أداء الشهادة

أما حال الأداء، فإن كان يؤدى شهادة حفظها، فحكمه أن يكون حافظًا لها حين الأداء، إما لأنه استدام حفظها، وإما لأنه قيدها فى كتاب يذكرها منه حال الأداء على وجه لا يشك فى صحته، وقد يكون ذلك فى كتاب يتفقده عند نفسه، وقد يكون فى كتاب عقد المشهود له به عقدًا بما علم فى الشاهد من ذلك، وهذا يسميه أصحاب الوثائق عقد استرعاء.

وصفته أن يكتب شهد من تسمى فى هذا الكتاب من الشهداء أنهم يعرفون كذا، ثم يكتب الشاهد شهادته، ويسلم العقد إلى صاحبه المشهود له، فإذا احتاج إليه، ودعى الشاهد الشاهد إلى الشهادة، لزم الشاهد أن ينظر فيه، فإن كان ذاكرًا لجميعه، ويذكر ذلك بقراءته، أدى الشهادة على عمومها، وإن ذكر بعضه، شهد بما ذكر منه، وإن لم يذكر شيئًا منه، فلا يشهد.

مسألة: وأما إن كان أشهد على عقد تبايع، أو نكاح، أو هبة، أو حبس، أو إقرار مما لا يلزم الشاهد حفظه، وإنما يلزمه مراعاة تقييد الشهادة فى آخره.

فإن كان يذكر أنه أشهد عليه، ويعرف خطه، ولا يستريب بشيء من الكتاب في محو ولا بشر ولا إلحاق، فليؤد الشهادة، وعلى الحاكم أن يعمل بها، وإن استراب بشيء، فلا يشهد؛ لأنه شاك فيما شهد على حقه بمعرفة صوت مبايعه والمقترض منه، وإن لم يذكر الشهادة.

فإن ميز خطه، ولم يذكر أنه أشهد، ولا أنه كتبه، فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك: إن عرف خطه، ولم يذكر الشهادة، ولا شيئًا منها، فإن لم يكن في الكتاب محو، ولا ريبة، فليشهد بهما، وإن كان في الكتاب محو، فلا يشهده، ثم رجع، فقال: لا يشهد، وإن عرف خطه، ثم يذكر الشهادة، أو بعضها، أو ما يدل منها على أكثرها.

قال ابن حبيب: وبالأول أقول، ولابد للناس من ذلك، وبه قال ابن الماجشون والمغيرة وابن أبي حازم وابن دينار وابن عبدالحكم وابن وهب، وقال ابن القاسم وأصبغ بقوله الآخر.

مسألة: وأما إذا ذكر أنه كتب شهادته، وعرف خطه إلا أنه لا يذكر ما فيه، ففي المدونة من رواية ابن القاسم عن مالك: لا يشهد بها، ولكن يؤديها كما علم، ولا يحكم بها. وقال سحنون في العتبية: إذا عرف خطه في كتاب لا يشك فيه، ولا يذكر كل ما في الكتاب، فقد اختلف فيه أصحابنا.

وقوله: أنه لم ير في الكتاب محوًا ولا لحقًا ولا ما يستنكره، ورأى الكتاب خطًا واحدًا، فليشهد بما فيه، وإن لم يذكر من الكتاب شيئًا، ولا يجد الناس من هذا بدًا.

فرع: إذا ثبت ذلك، فصفة أداء الشهادة، قال ابن القاسم عن مالك في المدونة: لا يشهد بها، ولكن يؤديها كما علم، ففرق بين الأداء والشهادة، فكأنه أشار بالشهادة إلى ما يعتقد أنه كامل ويورده ليعمل به، وأشار بالأداء إلى الإخبار بما عنده، وأنه غير كامل، فلا يعمل به.

وقال أشهب من مالك في العتبية في شهادة من رأى خطه في كتاب، ولا يذكرها: يرفعها إلى الإمام على وجهها، وليقل هذا كتاب شبيه كتابي، وأظنه إياه، ولا أذكر شهادة، ولا أني كتبتها، يحكي ذلك، ولا يقضي بها، وإن لم يكن في الكتاب محو، وعرف خطه، فقد يضرب على خطه.

وقال ابن الماجشون في الواضحة: يشهد الذي لا يعرف إلا خطه، فيقول: إن ما فيه حق، وذلك لازم له، وإن ذكر للحاكم أنه لا يعرف من الشهادة شيئًا، وقد عرف خطه، ولم يرتب في شيء، فلا يقبلها.

وقال سحنون: يقول أشهد بما فى هذا الكتاب، وهذا أمر لا يجد الناس منه بدًا، ولو أعلم القاضى بذلك رأيت أن أن يجيز شهادته إذا عرف أن الكتاب خط يده.

قال: وجميع أصحابنا يقولون: شهادته جائزة، وهذا عندى هو الأظهر؛ لأنه لا يشهد بذلك حتى يعرف خطه معرفة صحيحة، لا يشك فيها.

وقد قال ابن نافع: إذا لم يعرف عدد المال، فذلك إلى الإمام يعرفه الشاهد بأنه لا يعرف ذلك، وما أرى ذلك ينفع، وقاله ابن وهب عن مالك فى العتبية: يقضى القاضى بشهادته، وإن لم يشهد عنده على عدة المال.

وروى ابن القاسم عن مالك إذا لم يعرف عدد المال، ردّت شهادته، وإن ذكر أنه قد كان أشهد مع معرفة خطه، وهذا عندى إنما هو الخلاف فيمن قيد شهادته باسترعاء على معرفته بمال وعدده أو غير ذلك من الحقوق، ثم نسى، فهذا يحتمل الخلاف المذكور؛ لأنه لا يجوز له أن يقيد شهادته إلا مع معلوم عند تقييد شهادته.

فإذا نسى بعد ذلك، تيقن ما تضمنه العقد أو بعضه، وذكر تقييده للشهادة، وعرف أنه لم يوقعها إلا على معلوم، احتمل الوجهين، أحدهما: إجازة شهادته؛ لأنه متيقن صحتها. والثانى: رد شهادة؛ لأنه عند الأداء غير ذاكر له.

وقد قال أبو زيد عن ابن القاسم: إذا عرف خطه، وأثبت من أشهده فى دار، إلا أنه لا يذكر أنها التى فى هذا الكتاب: لا يشهد حتى يثبت ما فى هذا الكتاب حرفًا حرفًا، وهذا يدل على أنه عقد استرعاء.

وأما ما شهد فيه من العقود، فقد قدمنا أنه لا يلزمه تصفحه، ولا قراءته، ولا يتصفح منه إلا موضع التقييد للشهادة، ولذلك شهد على الحكام بالسجلات المطولة التى فيها الأوراق، ولا يقرأ إلا فى المدد الطوال مع القدرة على ذلك والتفريغ له، وربما اجتمع النفر الكثير للإشهاد منه، وإن لزم كل إنسان قراءته وتصحفه وتحفظه، لتعذر الإشهاد فيه.

وإذا ثبت أنه لا يلزمه قراءته، ولا معرفة ما فيه حين تقييد شهادته، فبأن لا يلزمه ذلك حين الأداء أولى. وما احتج من قوله: ﴿**وما شهدنا إلا بما علمنا**﴾ [يوسف: ٨١]، غير لازم أنه إخبار عن شهادة معينة، ولا يقول أحد، أن الشهادة بالمعلوم غير جائزة، وإنما الخلاف فى الشهادة بما لم يعلم، والآية لا تتضمن حكم هذا، وأيضًا، فإنا نقول بموجب ذلك، فإن الشاهد إنما يشهد بما يعلمه من صحة تقييده الشهادة فى لا عقد على الوجه اللازم فى ذلك.

مسألة: ومن حكم أداء الشهادة أن يشهد بما يعلم، ويقطع به، فإن شك في شيء لم يشهد به، قاله مالك في المجموعة. وأما من دعى إلى شهادة، فلم يذكرها. زاد ابن القاسم، فقال عند القاضي: لا أذكرها، ثم ذكرها، قال ابن القاسم: ثم عاد بعد أيام فشهد، ففي الموازية عن مالك: يقبل منه، وإن كان مبرزًا، لا يتهم ولم يمر طول الزمن ما يستنكر.

قال سحنون في المجموعة: إن قال: أخروني لأتفكر وأنظر، جازت شهادته، إن كان مبرزًا، وإن قال: ما عندي علم، ثم رجع، فأخبر بعلمه، فقد اختلف فيه عن مالك وأجازها ابن نافع في المبرز في القرب.

وجه إجازتها أنه إنما أخبر بأن لا علم له عنده في ذلك الوقت، وذلك لا ينفي أن يكون علم ذلك قبله، فإذا تذكر بعد ذلك ما تقدم علمه به، جازت شهادته كما لو تقيدت شهادته في عقد أشهد عليه، فإن أكثر الناس ينسى ذلك، فإذا وقف على العقد، ورأى خطه يذكر شهادته، وجاز أداؤه لها.

ووجه القول بردّها أن قطعه بنفي علمه، ظاهره أنه ليس عنده أصل، ولا سبب يتذكر منه.

قال ابن حبيب: إنما هذا إذا سئل عند الحاكم أو سئل المريض عند نقلها عنه، فأما في غير هذين الوجهين، فلا يضره ذلك.

فرع: فإذا قلنا برد شهادته، فقد قال ابن المواز عن أشهب: إن قال: كل شهادة أشهد بها بينكما زور، لم يضره ذلك، وليشهد، وقال ابن حبيب: من قال لخصم: ما أشهد عليك بشيء، ثم شهد عليه، يقبل ذلك منه، ولا يضره القول الأول، وإن كانت عليه بينة، وهذا عند الحكم.

ومعنى ذلك عندي أنه إذا وعده أن لا يقيم عليه الشهادة، ثم رجع عن ذلك إلى الواجب من إقامتها عليه، أو يكون نسي الشهادة، ثم ذكرها، فأدّاها والله أعلم وأحكم.

قال الشيخ أبو إسحاق: من شهد وحلف لم تقبل شهادته، وأما محل نقل الشهادة عن الشهود، ففيها بابان، أحدهما: نقلها عن شهداء معينين. والباب الثاني: في نقلها عن شهداء غير معينين.

الباب الأول: فى نقل الشهادة عن معينين

فأما نقلها عن المعينين، فيجب أن يكون ممن ينقل عنه متيقنًا لما أشهد به غير شاك فى شيء منه، فمن شك فى ذلك أو نسيه، لم يصح نقلها عنه، قاله مالك فى المجموعة.

مسألة: ومن سمع شاهدًا ينص شهادته، لـم يجـز أن ينقلهـا عنـه حتـى يشـهده علـى ذلك.

ووجه ذلك أن المخبر قد ترك التحرز والاستيعاب للشهادة والمؤدى للشهاددة يتحـرز فيها، ويؤديها أداء يقتضى العمل بها، وأداء الشاهد شهادته إلى من ينفيهـا عنـه كأدائهـا إلى الحاكم، ولو أن الحاكم سمعه ينص عليـه، ولا يـؤدى الشـهادة عنـده، لـم يكـن لـه العمل بها، فكذلك الناقل لها عنه.

فرع: ومن سمع شاهدًا يشهد على شهادة غيره، ولـم يشهده، فقد قال ابن الموزا: لا يشهد على شهادته، واحتج إليه بخلاف المقر على نفسـه، ويحتمـل هـذا عنـدى الخـلاف الذى بين أصحاب مالك فيمن سمع رجلاً شهد عند قاض بشهادة، ثم مات القاضى أو عزل، فقال أشهب فى الموازية: لا ينقل الشهادة.

وقال مطرف فى الواضحة: ينقل ذلك إذا سمعه يؤدّيها عند ذلك القـاضى، وتكـون شهادة على شهادة. قال أصبغ: لا يجوز ذلك حتى يشهده، أو يشهد على قبول القاضى لتلك الشهادة.

مسألة: قال أصبغ: لا يجوز ذلك وإنمـا يصـح نقـل الشـهادة عـن الشـاهد الغـائب أو المريض الحاضر إذا كانت غيبة الشاهد بعيـدة، حكـاه ابـن المـواز، إلا المـرأة، فإنـه ينقـل شهادتها، وإن كانت حاضرة، صحيحـة، رواه ابـن حبيـب عـن مطـرف قـال: ولـم أر بالمدنية قط امرأة قامت بشهادتها عند الحاكم، ولكنها تحمل عنها.

ووجه ذلك أن يلزمها من الستر عذر يسقط فرض الجمعة، فأباح تحمل الشهادة عنها كالمرض.

فرع: وأما الغيبة القريبة كاليومين والثلاثة، ففى كتاب ابن المواز: لا تنقل شهادته.

ووجه ذلك عندى أن يغيب عن مكانه اليومين والثلاثة، وأما من كـان بـين موضعـه وموضع القاضى مسيرة يومين أو ثلاثة، فإنه لا يلزمه أداؤها عند ذلك القـاضى، ويصـح نقلها عنه.

وفى كتاب ابن سحنون عن أبيه: إذا كان الشاهد على مثل ما تقصر فيه الصلاة الستين ميلاً ونحوها، لم يشخص الشهود من مثل ذلك، ويشهد عنده من يأمر به القاضى فى ذلك البلد، ويكتب بما أشهدوا له عنده إلى القاضى.

قال ابن المواز: إنما ينقل عنهم الشهادة إذا بعدت غيبتهم من يعرف الغيبة بعد مدة لا بأثر غيبتهم، يريد والله أعلم، أنه بأثر غيبتهم على مسافة قريبة، ولا يؤمن من رجوعهم.

فرع: وأما من كان على بريد أو بريدين، فإنه يؤدّى شهادته عند الحاكم، فإن كان الشهود أغنياء يجدون نفقة وركوبًا، فقد قال سحنون: لا يقوم لهم بذلك المشهود له، فإن فعل، سقطت شهادتهم. قال ابن حبيب عن مطرف: وذلك إذا كان أمرًا خفيفًا، فإن كثر، لم أجزه.

ووجه ذلك ما فيه من الرشوة والمنفعة التى لا تلزم المشهود له، ويلزم الشاهد لما عليه من أداء الشهادة والقيام بها، قال الله تعالى: ﴿**وأقيموا الشهادة لله**﴾ [الطلاق: ٢]، وقال عز من قائل: ﴿**ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه**﴾ [البقرة: ٢٨٣]، فإن لم يجد الشهود نفقة، ولا مركوبًا، جاز للمشهود له أن يقوم بها.

ووجه ذلك أنها مؤنة لا تلزم الشهود، فلم تبطل شهادتهم تكليف المشهود له كسائر نفقاته، وكذلك لو استنهض الشهود إلى مسافة بعيدة ليعاينوا حدود أرض وصفتها، فقد قال مطرف: لا بأس أن يركبوا دواب المشهود له ويأكلوا طعامه.

وروى ابن سحنون عن أبيه من سؤال ابن حبيب، فى الشاهد يأتى من البادية، يشهد لرجل، فينزل عنده فى ضيافته حتى يخرج: لا ترد بذلك شهادته، إذا كان عدلاً، وهذا خفيف، يريد أن هذا أمره معتاد دون مكارمة مشروعة يتقارض فيها الناس، ولعل هذا الأمر قد كان جرى بينهم قبل هذا.

فصل: ومما يتصل بالشهادة على الشهادة على خط الشاهد، فالمشهور من قول مالك: لا يجوز الشهادة على خط الشاهد، رواه محمد بن المواز واختاره.

وروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك فى العتبية والموازية: تجوز الشهادة على خطه، ولا يجزئ من ذلك أقل من شهادة شاهدين، ويحلف الطالب، ويستحق حقه، وقاله سحنون. وقال أصبغ: الشهادة على خط الشاهد الغائب أو الميت قوية فى الحكم بها.

واحتج ابن المواز للمنع من ذلك بأن الشهادة على خط الشاهد بمنزلة أن يسمعه ينص شهادته تلك، ولا يسوغ نقل الشهادة عنه.

فرع: فإذا قلنا بجواز الشهادة على خط الشاهد، فقد قال مطرف وابن الماجشون: إنما تجوز فى الأموال خاصة حيث يجوز اليمين مع الشاهد، قاله أصبغ.

ووجه ذلك أنها شهادة مختلف فى صحتها ناقصة الرتبة كاليمين مع الشاهد.

مسألة: وأما الشهادة على خط المقر، فقد قال ابن المواز: ولم يختلف قول مالك فى الشهادة على خط المقر، قال: وهو بمنزلة أن يسمع المقر ينص إقراره، فتصح الشهادة عليه، وإن لم يأذن فى ذلك. وقال الشيخ أبو القاسم: فيها روايتان، إحداهما الجواز. والأخرى: المنع.

وجه المنع ما قاله ابن عبدالحكم: لا أرى أن يقضى بالشهادة على الخط بما أحدث الناس من الضرب على الخطوط، وقد كان فيما مضى يجيزون الشهادة على طابع القاضى، ورأى مالك أن لا تجوز.

فرع: فإذا قلنا بالشهادة على خط المقر، فهل تلزمه اليمين مع هذه الشهادة. قال الشيخ أبو القاسم: فيها روايتان، إحداهما: يحكم له بمجرد الشهادة. والثانية: لا يحكم له حتى يحلف، فيستحق حقه.

وجه القول الأول أنها شهادة كاملة تتناول الإقرار كالشهادة على لفظ المقر.

فرع: فإذا قلنا بالشهادة على خط المقر، فلم يشهد له عليه إلا شاهد واحد، فقد قال الشيخ أبو القاسم: فيه روايتان، إحداهما: يحكم له بالشاهد واليمين. والثانية: لا يحكم له بذلك.

وجه الرواية الأولى أنها شهادة على ما يثبت به إقرار المقر بالمال، فأشبهت لفظ الشهادة.

ووجه الرواية الثانية أنها شهادة لا تتناول المال، وإنما تتناول معنى يجر إليه كالشهادة على الوكالة فى المال والشهادة على الشهادة.

الباب الثانى: فى نقل الشهادة عن غير معينين

أما نقل الشهادة عن غير معينين، وهى الشهادة على السماع، فهى جائزة عند

مالك، وهى مختصة بما تقادم زمنه، تقادما يبيد فيه الشهود، وتنسى فيه الشهادات. قال القاضى أبو محمد: وتختص بما لا يتغير حاله، ولا ينقل فيه كالموت والنسب والوقف المحرم.

فأما الموت، فإنما يشهد فيه على السماع فيما بعد من البلاد، وأما ما قرب من البلاد أو الشهادة ببلد الموت، فإنما هو شهادة على البت والقطع، وما تقرر من العلم وإن كان سبب هذه الشهادات السماع، إلا أن لفظ شهادة السماع إنما ينطلق عند الفقهاء على ما يقع به العلم للشاهد، ولذلك لا يؤدّى على أنه سمع سماعًا فاشيًا ما ينصه من شهادته، وأما إذا تواتر الخبر حتى وقع له العلم، فإنما يشهد على علمه، فيقول: أشهد أن فلانًا مات، وأن فلانًا ابنه يرثه، فلا يطلقون على هذا النوع، شهادة سماع.

مسألة: وأما الشهادة على السماع فى النسب والولاء، فقد قال ابن المواز: اختلف قول مالك فى شهادة السماع فى النسب والولاء، فأكثر قول مالك وابن القاسم أنه يقضى له بالولاء والنسب، وفى العتبية من رواية أبى زيد عن ابن القاسم: يقضى له بالميراث، ولا يجر بذلك ولاء، ولا يثبت له نسب إلا أن يكون أمر انتشر مثل أن يقول: أشهد أن نافعًا مولى ابن عمر، فمثل هذا يجر به الولاء والنسب، يريد إذا بلغ من التواتر بحيث يقع به العلم، فيشهد على علمه، ولا يضيف شهادته إلى السماع.

وفى آخرالمسألة، قيل لابن القاسم: أفتشهد أنك ابن القاسم، ولا نعرف أباك ولا أنك ابنه إلا بالسماع، قال: نعم، يقطع بهذه الشهادة، ويثبت بها النسب، ويبين ذلك ما قاله سحنون فى كتاب ابنه: لا يجوز على النسب إلا شهادة شهادة على، أو من جهة توارت الخبر، أن هذا فلان بن فلان، مثل سالم بن عبدالله، وسعيد بن المسيب، فيثب بهذا أن الشهادة على السماع غير الشهادة بالعلم الواقع بالخبر المتواتر.

وقال القاضى أبو محمد فى معونته: إن الشهادة على السماع من معنى الخبر المتواتر، ولعله أراد أن ما بينهما من جنس واحد فى السماع من عدد غير محصور؛ لأنه قال: يقول الشاهد فى أداء الشهادة: لم أزل أسمع أن فلان بن فلان، غير أنه لم يشترط أهل العدل فيمن سمع منهم، فلم تختص المسألة على مذاهب شيوخنا، والله أعلم.

فرع: وإذا شهد للمرأة بضرر زوجها، ففى العتبية من رواية أصبغ عن ابن القاسم: أن ذلك جائز بالسماع من الأهل والجيران، وقد تقدم ذكر ذلك فى الخلع. وفى النوادر عن حسين بن عاصم، قال ابن القاسم: لا تجوز شهادة السماع، إلا عن

العدول، إلا فى الرضاع، فيجوز أن يشهد العدول عن لفيف القرابة والأهل والجيران.

وإن لم يكونوا عدولاً كالنساء والخدم، فهذا أيضًا يحتاج إل تأمل ونظر، وهو يحتمل وجهين، أحدهما: أن يشهد بذلك رجلان، فيجب أن يشهدا بعلمهما على ما تقرر عندهما من الخبر المتواتر الذى لا يراعى فيه عدالة ولا إسلام.

والوجه الثانى أن يريد بذلك شهادة النساء على فشو هذا المعنى مع شهادة امرأتين على الرضاع، وسيأتى ذكره إن شاء الله تعالى.

فصل: وقد تقدم الكلام فى شهادة السماع بالولاء والمواريث، وقد تقدم من ذكر القاضى أبى محمد أن ذلك فيما لا ينتقل كالولاء والنسب والوقف المؤبد، وذكر فى شهادة السماع بالنكاح قولين، قال: فوجه قوله فى النكاح: أنه يقبل فيه، أنه ثابت لا يتغير إذا مات أحد الزوجين، فأشبه الولاء والوقف المؤبد.

ووجه قوله: لا يقبل فيه، أصله غير مستقر بدليل جواز التنقل فيه، فكان كالشهادة على الأملاك.

والذى تقدم من قول مالك أن شهادة السماع يقطع بها فى الولاء والنسب والصدقات التى طال زمنها، والصدقات تكون على غير وجه الوقف.

وفى كتاب ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك: تجوز شهادة السماع فيما تقدم عهده من الأشربة والحيازات والصدقات والأحباس، وشبه ذلك، وهو الذى ذكره ابن القاسم عن مالك فى المدونة.

وجه ذلك أنها أمور تتقادم ويبيد شهودها، فصحت الشهادة فيها على السماع كالأحباس.

ولابن القاسم فى الموازية وغيرها، فى غائب قدم أقام بينة على دار أنها لأبيه أو جده، وأثبت المواريث، فأتى من هذه فى يده ببينة على السماع: أنهم لم يزالوا يسمعون هم أو من نقلوا عنه من العدول أنها لأب الحائز أو لجده بشراء من أب القائم أو جده أو بصدقة ما خرجت عن ملكه حتى مات، وورثها ورثته، ويذكرون ورثة كل ميت أنه يقضى بشهادة السماع، ويكون أحق بها، فإن قالوا: نعلم بيد أنها أبيه أو جده، لا يعلمون بماذا، لم تتم الشهادة، وقاله مالك وأشهب.

فرع: وأما النكاح، ففى العتبية عن سحنون، قال: جل أصحابنا يقولون فى النكاح:

إذا انتشر خبره فى الجيران أن فلانًا تزوج فلانة، وسمع الزفاف، فله أن يشهد أن فلانة زوجة فلان.

زاد محمد بن عبدالحكم: ولم يحضر النكاح، وكذلك فى الموت يسمع النياحة، وربما لم يشهد الجنازة، فإذا كثر القول بذلك، فيشهد أن فلانًا مات، ولم يحضر الموت، وكذلك النسب، وكذلك القاضى يولى المصر، ولا يحضر ولايته إلا بما سمع من الناس، وربما رآه يقضى بين الناس، فليشهد أنه كان قاضيًا.

وقد يجوز أن يشهد قوم على امرأة أنها زوجة فلان إذا كان يحوزها بالنكاح، وإن كان تزويجه إياها قبل أن يولد الشهود، فهذه الشهادة أدخلها شيخنا فى باب الشهادة على السماع لما كان السماع سببها، وإنما هى شهادة بالعلم، ولذلك لا يضيفها الشاهد إلى سماعه، وإنما هى شهادة بالعلم يضيفها إلى علمه.

فرع: إذا ثبت ذلك، فمن شرط شهادة السماع أن يقولوا: سمعنا سماعًا فاشيًا من أهل العدل وغيرهم. قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: لا تصح شهادة السماع حتى يقول من أهل العلم وغيرهم. وقال ابن المواز: قالا: ولا يسموا من سمعوا منه، فإن سموا، خرجت عن شهادة السماع إلى الشهادة على الشهادة، وقاله ابن القاسم وأصبغ.

فرع: ويجزئ فى الشهادة على السماع رجلان، وما كثر أحب إلينا، قاله مطرف وابن الماجشون عن مالك. قال ابن القاسم فى المجموعة: إذا شهد رجلان على السماع، وفى القبيل مائة من أنسائهم لا يعرفون شيئًا من ذلك، فلا تقبل شهادتهم إلا بأمر يفشو، ويكون عليه أكثر من اثنين، إلا أن يكونا شيخين قد باد جيلهما، فتجوز شهادتهما.

فرع: وإذا قلنا إن شهادة السماع تختص بما تقادم من الزمان، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: تجوز فى الخمس عشرة سنة ونحوها لتقاصر أعمار الناس، قاله أصبغ. وقال ابن القاسم عن مالك: لا تقبل فى الخمس عشرة سنة شهادة على السماع إلا فيما تقادم.

فصل: وأما قوله: «**ولا ظنين**» فروى ابن مزين عن يحيى بن سعيد أنه المتهم الذى يظن به غير الصلاح. وقال ابن كنانة فى المجموعة: هو المتهم، فكل من اتهم فى شهادته بميل، لم يحكم بها، وإن كان مبرزًا فى العدالة إلا أن التهمة التى يتعلق بها، رد الشهادة على قسمين، أحدهما: لجر المال. والثانى: لدفع المعرة.

أما القسم الأول في جر المال، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يشهد لنفسه أو لغيره ممن يرغب في كثرة ماله. والضرب الثاني: أن يشهد لمن يناله معروفه.

فأما من يشهد لنفسه، فلا يخلو أن تكون الشهادة له خاصة أو له ولغيره، فإن كانت الشهادة له خاصة، فهذا لا خلاف في أن شهادته غير جائزة؛ لأن شهادته لنفسه هي مجرد الدعوى، ولا خلاف أنه لا يحكم لأحد بدعواه.

مسألة: وأما إن شهد في حق مشترك بينه وبين آخر، فقال ابن وهب عن مالك، في رجلين لهما مال على رجل، فشهد أحدهما بنصف المال لصاحبه: أن شهادته مردودة.

ووجه ذلك أنه إذا كان المال بينهما مشتركًا، فإن النصف الذي لشريكه غير متعين، ولو قبضه شريكه لساهمه فيه، فقد عاد الأمر إلى أنه شهد لنفسه، فإن اقتسما الحق قبل الشهادة، جازت شهادته، لأن ما شهد به ليس له فيه حق.

مسألة: ولو شهد شهادة فيها حق، فلا يخلو أن تكون وصية أو غير وصية، فإن كانت وصية، وكان له فيها مال كثير، لم تجز شهادته له ولا لغيره.

وإن كان يسيرًا، فعن مالك في ذلك، ثلاث روايات، إحداها: لا تجوز له ولا لغيره، وبهذا قال ابن عبدالحكم. والثانية لا يجوز له ويجوز لغيره، وبهذه قال ابن الماجشون. والثالثة، وهي رواية المدونة: يجوز له ولغيره، وبها قال مطرف.

وجه الرواية الأولى أنه شهد له بحق له فيه حظ، فلم تقبل شهادته كسائر الحقوق من غير الوصية.

ووجه الرواية الثانية أن التهمة إنما تختص به، ولا تهمة في شهادته لغيره، فتبطل شهادته له، وتصح لغيره.

ووجه الرواية الثالثة أن كل شهادة لم تبطل بعضها تهمة، فإنه لا يبطل جميعها كما لو كانت الشهادة لغيره دونه.

فرع: فإذا قلنا بجوازها في القليل، فكم القليل الذي يجوز فيه؟ ففي المدونة عن مالك في شاهدين أوصى إليهما رجل، وأشهدهما في ثلثه، أن ثلثه للمساكين، وثلثه لجيرانه، وثلثه لهما، وهذا يسير، ويجوز لهما ولغيرهما. قال محمد: معناه أن كل المال كثيرًا مما له بال، فلا يجوز له ولا لغيره.

مسألة: فإن شهد غير وصية لحق له ولغيره، فالمشهور من مذهبنا: لا يجوز له ولا

لغيره. وفى كتاب ابن المواز: من شهد بشهادة له فيها حق ولغيره، لم تجز شهادته إلا أن يكون الذى له يسير جدًا، وكذلك لم يتم عليه.

فإذا قلنا بالرواية الأولى، فالفرق بين هذا وبين الوصية إذا أجزناها، إن المتوفى متيقن انتقاله عن ملكه، ولا يدخل فى ملك الورثة إلا بعد سلامته من الوصية، ووقت انتقاله إلى الورثة وإلى الموصى له به واحد، وهو وقت وفاته، فلم تتناول الوصية إخراج شىء عن ملك متقرر.

وإنما تناولت توجهه إلى جهة مستحقة بعد زوال الملك عنه، وليس كذلك الدين، فإنما شهد به فى حال الحياة، وتقرر ملك المشهود عليه، فجاز أن يؤثر فى الوصية بالمال ما لا يؤثر فى الدين لضعف حال الملك المستحق عليه الوصية وفوته فى الدين، ولذلك لو شهد على ميت أنه أوصى لغير معينين لحكم الورثة، ولو شهد على حى أنه وهب ماله لغير معينين لما حكم عليه.

مسألة: وأما من يرغب فى كثرة ماله، فإن ذلك يكون على وجهين، أحدهما أن يرغب فى كثرة ماله للشفقة والقرابة. والوجه الثانى: لما يختص بالشاهد من المنفعة. فأما الوجه الأول، فكشهادة الآباء للأبناء والأبناء للآباء.

وروى ابن نافع عن مالك فى المجموعة: أنه قال: ويدخل فى قول عمر: لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين، شهادة الأبوين للولد، وأحد الزوجين للآخر، وهذا مذهب علماء الأمصار. وروى عن من لا يعتد بخلافه: تجوز شهادة الآباء للأبناء والأبناء للآباء.

والدليل على ما نقوله حديث عمر هذا، وقد اتفق العلماء على تصحيحه والأخذ به، ولا نعلم بتهمة أقوى من كلف الآباء بالأبناء، ومحبة الأبناء فى الآباء، ولأن الإنسان إنما ترد شهادته لنفسه للتهمة، ومن الناس من تكون محبته لبنيه تربو على محبته لنفسه أو تقاربها، فيجيب أن لا تجوز شهادته. اهـ.

وقد حكى ابن عبدوس عن سحنون: أنه لا تجوز شهادة ابن الملاعنة لمن نفاه. ووجه ذلك أنه يتهم على أنه يريد استمالته ليستلحقه، والله أعلم.

مسألة: وقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك، قال: الذى لا تجوز شهادتهم من ذى القرابة: الأبوان والجد والجدة والولد وولد الولد من ذكور وإناث، وأحد الزوجين للآخر، وتجوز شهادة من وراء هؤلاء من القرابات، وهذا يقتضى جواز شهادة الأخ لأخيه وابن أخيه، وهى رواية ابن القاسم فى المدونة. وقال غيره من أصحابنا: لا تجوز على الإطلاق، وإنما يجوز على شرط.

واختلف أصحابنا فى الشرط، ففى كتاب ابن المواز: لا تجوز شهادته له، إلا أن يكون مبرزًا، وقيل يجوز إذا لم تنله صلته. وقال أشهب: يجوز فى اليسير دون الكثير، إلا أن يكون مبرزًا، فيجوز فى الكثير.

ووجه ذلك أن قرابة الأبوة والبنوة آكد، والتهمة فيهم أقوى، وجرت العادة ببسط هؤلاء فى مال بعض، وكذلك الزوجة، فإن الزوج ينفق على الزوجة وينبسط فى مالها، والأخوة لا تبلغ ذلك المبلغ، ولا يخلو فى الأغلب من الإشفاق والحرص على الغنى، فلذلك روعى فى الأخوة أحد الشروط المذكوزة، والله أعلم وأحكم.

وفى الموازية والمجموعة: لا تجوز شهادة القرابة والموالى فى الرباع التى يتهمون بجرها إليهم أو إلى بنيهم اليوم أو بعده مثل حبس مرجعه إليهم أو إلى بينهم، قاله ابن القاسم، والله أعلم.

مسألة: ولا تجوز شهادة الرجل لابن امرأته ولا لأبيها، وكذلك المرأة لابن زوجها، قاله ابن القاسم وكذلك شهادة الرجل لزوج ابنته، ولا الزوجة ابنه، رواه عيسى عن ابن القاسم. وقول سحنون: ذلك جائز.

وجه قول ابن القاسم أن من لا تجوز شهادتك له، فلا تجوز شهادتك لمن لا تجوز شهادته لك؛ لأن التهمة قوية فى منافعه.

ووجه قول سحنون ما احتج به من أن من كان وفره وفر الشاهد وغناه غنى له، ردّت شهادته له؛ لأن التهمة قوية فى منافعه، وأما من ليس غناه غنى للشاهد، فإن شهادته له جائزة.

فصل: وأما من يرغب فى غناه لمنفعته، فالزوج والزوجة، والأب يجب على ابنه الإنفاق عليه أو أجير ينفق عليه؛ لأن من نفقته عليه إذا شهد له جر إلى نفسه بذلك نفعًا، والزوجة تنبسط فى مال زوجها، فتجر إلى نفسها بذلك نفعًا.

فصل: وأما الضرب الثانى، وهو أن يشهد لمن يناله منه معروف، فإن ذلك على وجهين، أحدهما: أن يكون المعروف متكررًا معتادًا. والوجه الثانى أن يكون المعروف متعينًا، فأما المعروف المعتاد، فإن اقترنت به القرابة كالأخ يكون فى عيال أخيه، أو تحت نفقته أو يتكرر عليه معروفه، فهذه تهمة توجب رد شهادته له.

وأما الصديق الملاطف الذى يناله معروف من يشهد له، فعن مالك فى ذلك،

روايتان، إحداهما: أن شهادته له مقبولة والثانية: أنها مردودة، فإن قلنا إنها مقبولة، فالفرق بينه وبين الأخ أن المعروف يقترن بالأخوة والقرابة، فتقوى التهمة.

وفى مسألتنا إنما هى بمجرد المعروف، ولا يمنع ذلك قبول الشهادة؛ لأن الغنى وذا المعروف لو لم تقبل له إلا شهادة من لا يناله معروفه لردت له شهادات أكثر الناس، ولاقتضى ذلك منعه معروفه.

ووجه الرواية الثانية أن هذا ممن يناله معروفه، ويتكرر عليه، فلم يقبل له شهادة كالأخ.

مسألة: وأما المعروف المعين، فعلى ضربين، أحدهما: أن يكون مستدامًا. والثانى: أن يختص بوقت الشهادة. فأما المستدام، فكشهادة العامل لرب المال.

قال سحنون فى العتبية وغيرها: إن كان شغل المال فى سلع، فشهادته له مقبولة، وإن كان عينًا، فشهادته مردودة. وروى عبدالملك عن الحسن عن ابن وهب فى العتبية: إن كان عينًا، فشهادته مقبولة، وإن كان معدومًا، فشهادته مردودة.

ووجه قول سحنون أنه إذا شغل المال لم يكن لصاحبه أخذه منه، فارتفعت التهمة، وما يتوقع من أخذه من يده فى المستقبل ضعيف فى التهمة لبعد الأمد وعدمه.

ووجه قول ابن وهب أن كون المال بيد العامل وجه لكسبه فيتهم فى شهادته، إن كان محتاجًا إلى بقائه بيده لفقده، وبعد التهمة مع غناه لاستغنائه عن ماله.

مسألة: فإن كان للمشهود له على الشاهدين، فقد قال ابن القاسم وأشهب ومطرف وابن الماجشون: إن كان غنيًا، قبلت شهادته، وإن كان فقيرًا، ردّت شهادته.

زاد مطرف وابن الماجشون: أنه كالأسير فى يده، فإن كان الدين حالاً أو قد قرب محله، فهذا حكمه، وإن كان إلى أجل بعيد، فيجيء على مذهب سحنون أن شهادته له جائزة، وعلى قول ابن ووهب: أن شهادته مردودة.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعنى الغنى عندى فى هذه المسألة أن لا يستضر بإزالة هذا المال عنه، فأما إن كان عنده وفاء به، ولا مال له غيره، فإنه فقير ترد شهادته؛ لأن الضرر العظيم يلحقه بتعجيل قبض الدين منه، وله منفعة عظيمة فى تأخيره به، فكان ذلك يشبه قوته فى رد شهادته.

فصل: وأما يختص بوقت الشهادة، فإن يقصد حين أداء الشهادة إلى أن يعطيه أو

يصله أو يهبه أو يحابيه فى بيع أو شراء، قال: هذا كله يوجب ردّ الشهادة للقريب والبعيد، وبالله التوفيق.

فصل: وأما القسم الثانى من التهمة لدفع المعرة، فمثل أن يعدل الرجل ابنه وأباه، فهذا إذا لم يكن فى نقل الشهادة، فلا خلاف أن التعديل غير مقبول؛ لأنه مستجلب بشهادته الجاه والرفعة.

وأما نقل شهادة، فقد قال ابن الماجشون فى الواضحة والمجموعة: إن كان مقصوده نقل شهادة، ولو ابتغى تعديله من غير هذا الناقل لوجد ذلك، فإن التعديل مقبول، وإن كان يتعذر من غير هذا الوجه، فالتعديل مردود. وقال سحنون ومطرف: لا يجوز تعديله له بوجه.

وجه قول ابن الماجشون أن هذا التعديل إنما حقيقته الإعلام بخبره، فإذا كان مشهورًا بالصلاح والخير، يزكى من غير وجه، فلا تهمة تلحق فى ذلك.

ووجه قول سحنون أن تعديل الأب ابنه لا يجوز؛ لأنه لا يجوز أن يشهد له بيسير المال، وما يوجد تعديه من الجاه والرفعة أكثر من المال، فبأن لا تجوز شهادته له به، فشهادته له أولى.

مسألة: وأما تعديل الأخ لأخيه الذى تقبل شهادته له فى المال، فقال ابن القاسم: يجوز تعديله، وهو فى العتبية من رواية عبدالملك بن الحسن عن أشهب: تعديله مردود.

وجه القول الأول ما أشار إليه من أن من جازت شهادته له فى المال، جاز تعديله له كالأجنبى.

وجه الرواية الثانية أن تعديله به شرف وجاه يتعدى إليه بخلاف المال الذى هو مقصور على مالكه.

* * *

القضاء فى شهادة المحدود

١٣٨٤ - قَالَ يَحْيَى: عَنْ مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ وَغَيْرِهِ أَنَّهُمْ سُئِلُوا عَنْ رَجُلٍ جُلِدَ الْحَدَّ أَتَجُوزُ شَهَادَتُهُ، فَقَالُوا: نَعَمْ إِذَا ظَهَرَتْ مِنْهُ التَّوْبَةُ.

١٣٨٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٩٣.

١٣٨٥ - مَالِك أَنَّهُ سَمِعَ ابْـنَ شِهَابٍ يُسْـئَلُ عَـنْ ذَلِـكَ، فَقَـالَ: مِثْـلَ مَـا قَـالَ سُلَيْمَانُ بْنُ يَسَارٍ.

قَالَ مَالِك: وَذَلِكَ الأَمْرُ عِنْدَنَا، وَذَلِكَ لِقَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿**وَالَّذِيـنَ يَرْمُـونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَـانِينَ جَلْـدَةً وَلا تَقْبَلُـوا لَهُـمْ شَـهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِـقُونَ إِلا الَّذِيـنَ تَـابُوا مِـنْ بَعْـدِ ذَلِـكَ وَأَصْلَحُـوا فَـإِنَّ اللَّـهَ غَفُـورٌ رَحِيمٌ**﴾ [النور ٤ - ٥].

قَالَ مَالِك: فَالأَمْرُ الَّذِى لا اخْتِـلافَ فِيـهِ عِنْدَنَـا أَنَّ الَّـذِى يُجْلَـدُ الْحَـدَّ ثُـمَّ تَـابَ وَأَصْلَحَ تَجُوزُ شَهَادَتُهُ، وَهُوَ أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَيَّ فِى ذَلِكَ(١).

الشرح: قوله: «أنهم سئلوا عن رجل جلد، تجوز شهادته» لفظ عام فى الحدود التـى يجلد فيها من الزنا وشرب الخمر والقذف، إلا أن إيراده هاهنا يحتمل وجهين، أحدهمـا: أن يريد به حمله على عمومه، ثم يستدل على نوع منه بالنص، وهـو فـى حـد القـذف، فيجعله لجميع الجنس.

والثاني: أن يريد القـذف وحـده، ويقصـد بيـان حكمـه بالآيـة التـى أوردهـا؛ لأنهـا خاصة فى حد القذف، وكل ما يوجب الجلد حـدًا يوجـب التفسـيق ويـترتب عليـه رد الشهادة؛ لأن الفسق ينافى قبول الشـهادة، قـال اللـه تعـالى: ﴿**يـا أيهـا الذيـن آمنـوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قومًا بجهالة فتصبحوا على ما فعلتـم نـادمين والذيـن يرمون المحصنات ثم لم يـأتو بأربعـة شـهداء فـاجلدوهم ثمـانين جلـدة ولا تقبلـوا لهـم شهادة أبدًا وأولئك هم الفاسقون**﴾ [النور: ٤].

فكل من قذف المحصنات، ولم يثبت ما قذف به، وجب عليـه حـد ذلـك القـذف، ووجب رد شهادته، والحكم بفسقه فى الظاهر إلينا والله أعلم بحاله، فقد يكـون صادقًـا فى قذفه أو مشتبهًا عليه فى أمره.

مسألة: ومتى يحكـم بـرد شـهادته، اختلـف أصحابنـا فـى ذلـك، فقـال ابـن القاسـم وأشهب وسحنون من المجموعة وكتاب ابن سحنون: لا ترد شهادته حتى يجلـد. وقـال

١٣٨٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٣٥/٢٢.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٣٥/٢٢.

عبدالملك فى الكتابين: ترد شهادته، إن عجز عن إثبات ما ادعاه، وحق عليه القذف، ولو تاب بعد ذلك لقبلت شهادته، قبل الجلد وبعده.

وجه قول ابن القاسم أنه إنما يتم الحكم عليه بكونه قاذفًا بأن يكمل الجلد، فأما قبل ذلك؟ فلو أقر المقذوف، وثبت عليه ما قذفه به لسقط الجلد؛ لأن طريقه النكال، ويخرج بذلك عن أن يكون قاذفًا، وذلك يمنع التفسيق به.

ووجه قول ابن الماجشون أن الحكم عليه بذلك يتم بعجزه عن إثبات ما قذف به، والحد بعد ذلك تطهير له، فلا يتعلق به رد الشهادة كالكفارة.

مسألة: وأما ما يوجب النكال والتعزير دون الحد، فقال ابن كنانة فى المجموعة، فيمن كانت حاله حسنة، فوجب عليه نكال الشتم أو نحوه، فلا ترد بذلك شهادته.

وأما من ليس بمشهور العدالة إلا أنه مقبول، وأتى بالأمر العظيم مما فيه النكال الشديد، فلينظر فى هذا، وإنما يعرف هذا عند نزوله.

ومعنى ذلك أن منه ما ترد به الشهادة، ومنه ما لا ترد به الشهادة، فينظر فى ذلك عند وقوعه على قدر الشاتم، وقدر ما أتى به، وعلى حسب ذلك يعمل فى رد شهادته وإمضائها، وبالله التوفيق.

وقوله: «**إن الأمر الذى لاختلاف فيه عندنا أن الذى جلد الحد ثم تاب، وأصلح حاله، تجوز شهادته**» يريد أن ذلك مذهب أهل المدينة أن من جلد فى حد وجب عليه من قذف أو غيره، ثم تاب وأصلح تجوز شهادته، ولا يمنع من ذلك ما تقدم من جلد، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: لا تقبل شهادته أبدًا.

والدليل على صحة ما نقوله ما احتج به من الآية، وهو قوله تعالى: ﴿**والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء**﴾ [النور: ٤]، إلى ﴿**رحيم**﴾ فاستثنى من تاب بعد ذلك، وذلك يقتضى أن من تاب، فإن هذه الأحكام كلها ترفع عنه إلا ما خصه الدليل؛ لأن الاستثناء متعقب لجمعها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن كان من أهل الفسق، فيعرف صلاح حاله بالإقلاع عن حال الفسق، والتزام أحوال العدالة، فإن كان من أهل العدل والصلاح، فالتزيد فيه حتى يعرف زيادة صلاح حاله.

قال ابن كنانة فى المجموعة: إذا كان يعرف بالصلاح، فمعرفة ظهور التزيد يطول، وليس لمن كان معلنًا بالسوء؛ لأن من عرف بالخير لا يتبين مزيده فيه بالتزداد فيه.

وقال مالك فى المدونة: وقد كان هاهنا عمر بن عبد العزيز وكان رجلاً صالحًا، فلما ولى الخلافة ازداد خيرًا وصلاحًا.

مسألة: وليس من شرط توبته ولا مؤثرًا فى قبول شهادته، رجوعه عن قذفه، وإنما يعتبر فى ذلك بصلاح حاله، رواه ابن القاسم عن مالك فى المجموعة. قال: ولا يقول له الإمام: تب، ولو قال: تبت، لم ينفعه ذلك. ولو قال: لا أتوب، لم يضره ذلك؛ لأن قول الإنسان: تبت، لا يقبل منه، ولا ينقله عن حالة الفسق حتى يظهر من أفعاله ما يستدل به على ذلك.

وقال الشافعى: توبته تكذيبه نفسه، وبلغنى عن القاضى أبى الحسن نحوه.

وجه قول مالك أن هذه توبة من ذنب، فكانت بالاستغفار، والعمل الصالح كسائر الذنوب.

ووجه القول الثانى أن المعصية إذا كانت بالأقوال، فإن التوبة منها بالقول، وتكذيب نفسه كالردة، لما كانت قولاً كانت التوبة منها بتكذيب قوله المتقدم.

فرع: إذا ثبت ذلك، ففى أى شىء تقبل شهادته؟ روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك: تقبل شهادته فى كل شىء إلا فى القذف. وقال ابن كنانة فى المجموعة: من حد فى قذف أو زنى، قبلت شهادته فى القذف والزنا وغيره، وبه قال أبو حنيفة والشافعى.

وجه القول الأول ما طبع عليه الخلق أن من كانت به وصمة أو تورط فى أمر، حرص أن يلحق ذلك بغيره من الناس ليساووه، وينفى عنه معرة ذلك، فيهتم أن يشهد على غيره بما وافقه ليساويه.

ووجه القول الثانى أن حكمنا بعدالته، ينفى مثل هذه التهمة عنه، فإذا قبلنا شهادته فى غير ذلك من الحدود، وجب أن تقبل شهادته فى القذف، وبالله التوفيق.

* * *

القضاء باليمين مع الشاهد

١٣٨٦ – قَالَ مَالِك: عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ[(١)].

١٣٨٦ – أخرجه الترمذى برقم ١٣٤٤ بسنده، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر كتاب الأحكام باب اليمين مع الشاهد. ابن ماجه برقم ٢٣٦٨، عن أبى هريرة كتاب الأحكام باب القضاء باليمين مع الشاهد ٧٩٣/٢. أحمد بالمسند ٣٢٣/٣، عن ابن عباس. وذكره فى مجمع الزوائد ٢٠٢/٤ وعزاه لابن ماجه، عن جابر.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٥٥/٨: هذا الحديث فى الموطأ، عن مالك مرسل عند جماعة رواته وقد روى عنه مسندا، حدثنا خلف بن القاسم، حدثنا محمد بن عبدالله القاضى، حدثنا حامد بن محمد بن هارون الحضرمى، حدثنا الحسين بن منصور الدباغ، حدثنا عثمان بن خالد المدنى العثمانى، حدثنا مالك بن أنس، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر، «أن رسول الله ﷺ قضى بشاهد ويمين».

هكذا حدث به عثمان بن خالد المدنى، عن مالك بإسناده هذا مسندا والصحيح فيه، عن مالك أنه مرسل فى روايته. وقد تابع عثمان بن خالد العثمانى على روايته هذه فى هذا الحديث عن مالك إسماعيل بن موسى الكوفى فرواه أيضا، عن مالك، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر.

ورواه محمد بن عبدالرحمن بن رداد ومسكين بن بكير كلاهما، عن مالك، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن على أن النبى ﷺ قضى باليمين مع الشاهد. والصحيح، عن مالك ما فى الموطأ.

وروى أبو حذافة، عن مالك فى هذا الباب حديثا منكرا، عن نافع، عن ابن عمر عن النبى ﷺ. حدثناه خلف بن القاسم حدثنا الحسن بن على المطرز حدثنا أحمد بن الحسن بن هارون حدثنا أبو حذافة مالك، عن نافع، عن ابن عمر: «أن النبى ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» وقد أسنده عن جعفر بن محمد جماعة حفاظ، وزيادة الحافظ مقبولة، فممن أسنده عبيدالله بن عمر، وعبدالوهاب الثقفى، ومحمد بن عبدالرحمن بن رداد المدنى، ويحيى بن سليم، وإبراهيم بن أبى حية، ورواه ابن عيينة، عن جعفر بن محمد، عن أبيه مرسلا كما رواه مالك، وكذلك رواه الحكم بن عتيبة، وعمرو بن دينار جميعا عن محمد بن على مرسلا، فأما حديث عبيدالله بن عمر فحدثناه عبدالرحمن بن عبدالله بن خالد، قال: حدثنا أبوالحسن على بن محمد بن أحمد بن لؤلؤ البغدادى، قال: حدثنا أبو الحسن على بن الحسن القافلانى، قال: حدثنا أبو همام عبدالله بن عبدالسلام، قال: حدثنا عبيدالله بن عبدالمجيد الحنفى، قال: حدثنا عبيدالله بن عمر، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر بن عبدالله، «أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» ورواه محمد بن عيسى بن سميع، عن عبيدالله بن عمر مثله سواء. وأما حديث الثقفى فحدثناه عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا أبو جعفر محمد بن داود بن سليمان المنقرى، قال:=

.. ..

=حدثنا مسدد، وعبدالله بن عبدالوهاب الحجبي، ومحمد بن المثنى أبو موسى، قالوا: حدثنا عبدالوهاب بن عبدالمجيد الثقفي، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر بن عبدالله، «أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد».

وحدثنا أبو عبدالله محمد بن إبراهيم بن سعيد، قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا محمد بن أيوب الرقي، قال: حدثنا أحمد بن عمرو البصري البزار، قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا عبدالوهاب بن عبدالمجيد الثقفي، قال: حدثنا جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر، «أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد». وحدثني أبو عمر أحمد بن عبدالله بن محمد بن علي، قال: حدثنا الميمون بن حمزة الحسيني، قال: حدثنا أبو جعفر الطحاوي، قال: حدثنا المزني، قال: حدثنا الشافعي، قال: أخبرنا عبدالوهاب ابن عبدالمجيد الثقفي، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر، «أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد».

وكذلك رواه جماعة، عن الشافعي منهم أحمد بن عمرو بن السرح، والحسن بن محمد الزعفراني، والربيع بن سليمان المرادي. وأما حديث يحيى بن سليم: فحدثني أحمد ابن محمد بن أحمد، قال: حدثنا محمد بن معاوية بن عبدالرحمن، قال: حدثنا أبو يعقوب إسحاق بن أحمد البغدادي بمصر، قال حدثنا إسحاق بن حاتم العلاف، قال: حدثنا يحيى ابن سليم، عن جعفر بن محمد بن أبيه، عن جابر بن عبدالله، «أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» وروى هذا الحديث عن يحيى بن سليم، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن علي، عن النبي ﷺ وإنما شبه عليه لأن في الحديث عن جعفر بن محمد، عن أبيه، قال: «وقضى بها علي بين أظهركم يا أهل الكوفة». وأما حديث ابن رداد، فحدثني أبو إسحاق إبراهيم بن شاكر، قال: حدثنا محمد بن أحمد، قال: حدثنا محمد بن أيوب بن حبيب، قال: حدثنا أحمد بن عمرو بن عبدالخالق البزار، قال: حدثنا بشر بن معاذ العقدي، قال: حدثنا بشر بن معاذ العقدي، قال: حدثنا محمد بن عبدالرحمن بن رداد، قال: حدثنا ابن محمد، عن أبيه، عن جابر، «أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد». هكذا ذكره البزار وذكره الدارقطني على وجهين، فقال: حدثنا أحمد بن المطلب، حدثنا القاسم بن زكريا المقرئ، حدثنا بشر بن معاذ، حدثنا محمد بن عبدالرحمن بن رداد، قال: أخبرني جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جده، عن علي، «أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» هكذا قال عن أبيه، عن جده، عن علي وجعله له عن جعفر، قال: وحدثنا أحمد بن المطلب أيضا، قال: حدثنا القاسم بن زكريا، حدثنا بشر بن معاذ، حدثنا محمد بن عبدالرحمن، عن مالك، عن جعفر بن محمد مثله فجعله لابن رداد، عن مالك بإسناد واحد. وفي ذلك ما لا يخفى. وأما حديث إبراهيم بن أبي حية، فحدثناه أحمد بن محمد، قال: حدثنا محمد بن معاوية، قال: حدثنا إسحاق بن أحمد البغدادي بمصر، قال: حدثنا داود بن حماد البلخي، قال: حدثنا إبراهيم بن أبي حية، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر بن عبدالله، قال: «جاء جبريل إلى النبي ﷺ فأمره أن يقضي باليمين مع الشاهد» فهذا ما في حديث جعفر بن محمد وإرساله أشهر. وفي اليمين مع الشاهد آثار متواترة حسان ثابتة=

.. ..

=متصلة أصحها إسنادا وأحسنها حديث ابن عباس. وهو حديث لا مطعن لأحد فى إسناده، ولا خلاف بين أهل المعرفة بالحديث فى أن رجاله ثقات، رواه سيف بن سليمان، عن قيس بن سعد، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس. ورواه محمد بن مسلم الطائفى، عن عمر بن دينار، عن ابن عباس، وقال يحيى القطان: سيف بن سليمان ثبت ما رأيت أحفظ منه. وقال النسائى: هذا إسناد جيد سيف ثقة وقيس ثقة، حدثنا أبو عثمان سعيد بن نصر، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا ابن وضاح، قال: حدثنا أبو بكر بن أبى شيبة، قال: حدثنا زيد بن الحباب، قال: حدثنى سيف بن سليمان المكى، قال: أخبرنى قيس بن سعد، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس، «أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد».

وحدثنا عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم، قال: حدثنا محمد بن داود بن سليمان المنقرى، قال: حدثنا أبو كريب محمد بن العلاء، قال: حدثنا زيد بن الحباب، عن سيف بن سليمان، عن قيس بن سعد، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس، «أن النبى ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» وحدثنى أحمد بن محمد، قال: حدثنا محمد، قال: حدثنا محمد بن معاوية، قال: حدثنا إسحاق بن أحمد، قال: حدثنا الحسن بن شاذان، قال: حدثنا ابن الحباب، قال: حدثنا سيف بن سليمان، عن قيس بن سعد، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس، «أن النبى ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» وأخبرنا أحمد بن عبدالله، قال: حدثنا الميمون بن حمزة، قال: حدثنا الطحاوى، قال: حدثنا المزنى، قال: حدثنا الشافعى، وحدثنا عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا ابن وضاح، قال: حدثنى عبدالرحمن بن الحارث، قال: حدثنا سيف بن سليمان، عن قيس بن سعد، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس، «أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد الواحد» قال عمرو: فى الأموال خاصة. وأخبرنا محمد بن إبراهيم، وإبراهيم بن شاكر، قالا: أخبرنا محمد بن أحمد بن يحيى، قال: حدثنا محمد بن أيوب الرقى، قال: حدثنا أحمد بن عمر البزار، قال: حدثنا داود بن سليمان الخراز، قال: حدثنا عبدالله بن الحارث المخزومى، قال: حدثنا سيف بن سليمان، قال: حدثنا قيس بن سعد، عن عمرو، عن ابن عباس، «أن النبى ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» قال أحمد بن عمرو: وحدثناه عبدة بن عبدالله ورزق الله بن موسى، قالا: حدثنا زيد بن الحباب، قال: حدثنا سيف بن سليمان، عن قيس بن سعد، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس، عن النبى ﷺ، «أنه قضى باليمين مع الشاهد» قال أحمد بن عمرو بن دينار: فى الأموال خاصة.

قال أبو عمر: خرج مسلم حديث ابن عباس هذا قال أبو بكر البزار: سيف بن سليمان، وقيس ابن سعد ثقتان ومن بعدهما يستغنى عن ذكرهما لشهرتهما فى الثقة والعدالة. وأخبرنا خلف بن سعيد، قال: حدثنا عبدالله بن محمد، قال: حدثنا أحمد بن خالد، وأخبرنا عبدالله بن محمد بن أسد، قال: حدثنا أحمد بن إبراهيم بن جامع، قالا: حدثنا على بن عبدالعزيز، قال: حدثنا أبو حذيفة، قال: حدثنا محمد بن مسلم الطائفى، وذكر عبدالرزاق، قال: أخبرنا محمد بن مسلم=

١٣٨٧ – مَالِك، عَنْ أَبِى الزِّنَادِ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ كَتَبَ إِلَى عَبْدِ الْحَمِيدِ ابْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ زَيْدِ بْنِ الْخَطَّابِ، وَهُوَ عَامِلٌ عَلَى الْكُوفَةِ، أَنِ اقْضِ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ.

١٣٨٨ – مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ أَبَا سَلَمَةَ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ سُئِلا: هَلْ يُقْضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ؟ فَقَالا: نَعَمْ.

الشرح: وقوله: «**أن رسول الله ﷺ قضى باليمين من الشاهد**» يحتمل والله اعلم معنيين، أحدهما: أنه لصحة ذلك. والثانى: أنه أنفذ القضاء بهما فيما شهد به الشاهد، استحلف المدعى، وقضى له به، وعلى هذا عمل أهل الحجاز، وبه قال مالك والشافعى. وقال أبو حنيفة: لا يجوز القضاء باليمين مع الشاهد.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك حديث عمرو بن دينار عن ابن عباس «أن النبى ﷺ قضى باليمين مع الشاهد»(*) وهذا الحديث أخرجه مسلم فى صحيحه. وقال أبو عبدالرحمن النسوى: هذا إسناد جيد.

=الطائفى، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس، «عن النبى ﷺ أنه قضى باليمين مع الشاهد» ورواه أبو هريرة، عن النبى ﷺ: حدثنا أبو زيد عبدالرحمن بن يحيى، قال: حدثنا أبو محمد عبدالله ابن محمد بن العباس الفاكهى بمكة، قال: حدثنا أبو يحيى عبدالله بن أحمد بن أبى مسرة، قال: حدثنا أحمد ابن محمد الأزرقى، قال: حدثنا الدراوردى عن ربيعة بن أبى عبدالرحمن، عن سهيل ابن أبى صالح، عن أبيه، عن أبى هريرة، «أن النبى ﷺ قضى باليمين مع الشاهد». قال الدراوردى: ثم أتيت سهيلا فسألته، عن هذا الحديث، فقال: حدثنى ربيعة، عنى عن أبى هريرة أن النبى ﷺ. ثم ذكره.

قال أبو عمر: نسى سهيل حديثه هذا ثم حمله الورع على أن يحدث به عن ربيعة، عن نفسه ولم يمل إلى إذكار ربيعة إياه بذلك، فكان يقول: حدثنى ربيعة أنى حدثته عن أبى هريرة، عن النبى ﷺ بهذا الحديث، ولم يقل هذا عن سهيل أحد إلا الدراوردى فى رواية بعض الرواة عنه فيما علمت وقد رواه جماعة حفاظ عن ربيعة لم يقولوا فيه ما قاله الدراوردى على أنه قد رواه جماعة عن الدراوردى فلم يذكروا ذلك، وقد عرض ذلك لجماعة من العلماء نسوا ما حدثوا به.

١٣٨٧ – أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ١٠/١٧٣. ومعرفة السنن والآثار ٢٠٠٤. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٩٤.

١٣٨٨ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٩٥.

(*) تقدم تخريجه فى الحديث رقم ١٣٨٦

فإن قيل يحتمل أن يكون النبى ﷺ إنما حكم فى ذلك بشهادة خزيمة بن ثابت الذى جعل النبى ﷺ شهادته وحده شهادة اثنين، ولذلك سمى ذا الشهادتين.

فالجواب أنه لا يصح هذا؛ لأن النبى ﷺ لم يجعل شهادته لغيره كشهادة اثنين، وهذا إذا ثبت حكم اختص بالنبى ﷺ كما اختص فى أن يكون الحاكم، ويسمع البينات فيما ادعى يبين ذلك أن ما يشيرون إليه، لم يشهد فيه خزيمة بن ثابت للنبى ﷺ بأمر شاهده، وإنما شهد له بما سمع منه لعلمه بصدقه، وهذا لا خلاف فى أنه لا يتعدى إلى غير النبى ﷺ، ولأن من يخالفنا فى هذه المسألة لا يقول: إن النبى ﷺ حلف مع شاهد خزيمة بن ثابت.

وجواب ثان، وهو أنا لو سلمنا أن شهادة خزيمة تتعدى إلى غير النبى ﷺ لم يجز أن يقال أنه المراد بالحديث الذى احتججنا؛ لأنه إن كان النبى ﷺ جعل شهادته شهادة شاهدين، فلا معنى لليمين، وحديثنا يقتضى القضاء باليمين مع الشاهد، وإن كان جعل شهادته لغيره من المسلمين، شهادة رجل واحد، فهو كغيره من الشهود.

فإن قيل يحتمل أن يكون النبى ﷺ قضى بيمين المطلوب مع شهادة المدعى، فبين بذلك أن الشاهد الواحد لا تأثير لشهادته.

فالجواب أن قوله: «قضى باليمين مع الشاهد» يفيد كونهما مما قضى به، وأن يكون قضى بكل واحد منهما، ولو كان ما قلتموه لقال باليمين مع وجود الشاهد، أو قضى باليمين، وردّ شهادة الشاهد.

وجواب ثان، وهو أن قوله: «باليمين مع الشاهد» ظاهره أنهما من جنبة واحدة، وعلى ما يتأولونه اليمين فى غير جنبة الشاهد، فلا يقال فيها أنها معه، بل هى ناقصة به، ومبطلة لشهادته.

فإن قيل نحن نقول بموجب هذا فى موضع، وهو أن يبيع رجل من رجل حيوانًا، فيدعى المشترى به عيبًا ينكره البائع، فإن المشترى يلزمه أن يأتى بشاهد من أهل الخير، يشهد له بذلك، فتقبل شهادته عندنا وحده، فإن ادعى البائع البيع بالبراءة، ولم يكن له بذلك بينة، حلف المشترى أنه ما اشترى على البراءة، فيحكم له بالرد بشاهده مع يمينه.

فالجواب أن الحديث يقتضى القضاء باليمين مع الشاهد، وهذا ليس بشاهد، وإنما هو مخبر عن علمه، وكذلك لو كانت من العيوب التى يستوى الناس فى علمها، لم يقبل فى ذلك إلا شاهدان.

وجواب ثان، وهو أن الحديث يقتضى القضاء باليمين مع الشاهد فى قضية واحدة، وما زعمتموه قضيتان ثبت بالشاهد عندكم وجود العيب، وثبت بيمين المشترى براءته مما ادعى عليه البائع من التزام البيع بالبراءة، وهاتان قضيتان قضى فى إحداهما بالشاهد، ولم يتعلق اليمين بها، وقضى فى الثانية باليمين، ولم يشهد الشاهد بها.

ودليلنا من جهة القياس أن المدعى أحد المتداعيين، فجاز أن يثبت اليمين فى جنبته ابتداء كالمدعى عليه.

فصل: وما رواه عن عمر بن عبد العزيز وأبى سلمة وسليمان فى تصحيح القضاء باليمين مع الشاهد، والأمر به إظهار لاتفاق علماء المدينة وأئمتهم وأعلامهم على الحكم بذلك، والله أعلم.

قَالَ مَالِك: مَضَتِ السُّنَّةُ فِى الْقَضَاءِ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ، يَحْلِفُ صَاحِبُ الْحَقِّ مَعَ شَاهِدِهِ، وَيَسْتَحِقُّ حَقَّهُ، فَإِنْ نَكَلَ وَأَبَى أَنْ يَحْلِفَ، أُحْلِفَ الْمَطْلُوبُ، فَإِنْ حَلَفَ سَقَطَ عَنْهُ ذَلِكَ الْحَقُّ، وَإِنْ أَبَى أَنْ يَحْلِفَ، ثَبَتَ عَلَيْهِ الْحَقُّ لِصَاحِبِهِ[1].

الشرح: وهذا كما قال أن صاحب الحق مع الشاهد، ويستحق حقه، إذا كان ممن يقتطع الحقوق بيمينه، وذلك أن المشهود له على ضربين، معين، وغير معين، فإن كان معينًا، فعلى ضربين، غير مولى عليه، ومولى، فإن كان غير مولى عليه، فإنه يحلف مع شاهده، ويستحق حقه الذى شهد له به، سواء كان مؤمنًا أو كافرًا أو عبدًا، ذكرًا أو أنثى؛ لأنهم لما تساووا فى الملك والتصرف، وجب أن يتساووا فى الاستحقاق.

فرع: وأما المولى عليه، فعلى ضربين، صغير وكبير، فإن كان صغيرًا، وانفرد بالحق قبل شاهده، واستحلف المشهود عليه، وهذا المشهور من مذهب مالك، وبه قال ابن القاسم، رواه مطرف وابن الماجشون عن مالك فى الواضحة.

وفى كتاب ابن المواز عن مالك: وإن كان وارث الميت صغيرًا، وقف له حقه حتى يحتلم، ولم يذكر اليمين، وبهذا قال سحنون فى كتاب ابنه.

وجه القول الأول أن الصغير لما لم يكن من أهل اليمين، ثبت اليمين فى جنبة المدعى عليه كما لو شهد الشاهد لغير معين.

فوجه القول الثانى: أنه معين يرجى أن يزول المانع له من اليمين، فانتظر ذاك. أصله المغمى عليه.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٢/٦٠.

مسألة: فإذا قلنا يحلف المطلوب، فإذا حلف أبقى الحق عنده، سواء كان ثابتًا فى الذمة أو معينًا حتى يبلغ الصغير، فيحلف مع شاهده، فيستحق حقه فى الذمة، والمعين إن كان باقيًا، فإن فات قيمته يوم الحكم به للصبى، رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن عبدالحكم وأصبغ.

ووجه ذلك أن الصغير لا يصح منه اليمين، فيحلف المطلوب، ويترك عنده الحق، فإذا بلغ الصبى وصار ممن يحلف حلف مع شاهده لما أمكنه ذلك وأخذ حقه.

فرع: فإن نكل الصبى بعد أن بلغ، فالمشهور من مذهب أصحابنا فى الموازية والعتبية وغيرهما: أنه لا يحلف المطلوب؛ لأن يمينه بذلك قد تقدمت، وهذ مبنى على أن يمين المطلوب يمين استحقاق بشرط أن لا يحلف المدعى.

فإن حلف كانت أولى من هذه اليمين لتقدمها فى الرتبة عليها، وإنما قدمت هذه لضرورة توقف تلك، وإن لم يحلف المدعى، صحت يمين المطلوب، وصح الحكم له بها، وكان يحتمل أن يقال أن يمين المطلوب لتوقيف الحق بيده خاصة لما تعذرت يمين الطالب التى يتعجل بها حقه.

فإذا حلف الطالب أخذ حقه بشاهده ويمينه، فإن نكل حلف المطلوب يمين الاستحقاق، وقضى له، وإن لم يحلف قضى عليه بنكوله عن هذه اليمين؛ لأنه لو كانت يمينه أولا يمين استحقاق؛ لوجب أن لا يبقى بعدها للمدعى يمين، ولوجب إذا نكل عنها أن لا ينفذ القضاء عليه بنكوله، ولا يحلف المدعى يمينًا بعدها.

ولما كان إذا حلف بقى الحق بيده حتى يحلف المدعى، فإذا رشد المدعى، ونكل عن اليمين قضى بالحق للمطلوب، وعلم أنها يمين إبقاء الحق، إذا رشد، ونكل الطالب أن يحلف المطلوب يمين الاستحقاق، والله اعلم، وهذا الأصل متنازع فيه.

مسألة: فإن نكل المطلوب أولاً غرم، رواه ابن حبيب عن مطرف وابن كنانة، وقاله ابن المواز، فإذا بلغ الصغير، فعليه اليمين، فإن حلف قضى له بحقه، وإن نكل، فقد روى ابن حبيب عن مطرف: أنه إن نكل المولى عليه والصغير بعد الرشد والبلوغ ردّ إلى المطلوب، ونحوه رواه ابن كنانة.

ووجه ذلك أنه لا يقضى له بشاهد واحد حتى يقترن به يمينه، فإن نكل لم يكن له شىء، ولا تردّ اليمين ثانية على المطلوب.

مسألة: ويحلف الصغير إذا كبر مع شاهده على البت. وقال ابن المواز: ولا يحلف حتى يعلم بالخبر الذى يتيقن له. وفى كتاب ابن سحنون متصل بقول مالك: أنه يحلف كما يحلف الوارث على ما لم يحضر، ولم يعلم، وهو لا يدرى هل شهد له بحق أو لا، فيحلف معه على خبره ويصدقه كما جاز له أن يأخذ ما شهد به الشاهدان من مال أو غيره، وهو لا يعلم ذلك إلا بقولهم.

وظاهر هذا القول يقتضى أنه يحلف على ما شهد به شاهده، وإن لم يتيقن ذلك، والصحيح عندى، وهو ظاهر قول مالك والمعلوم من مذهبه، أنه لا يحلف حتى يقع له العلم بالخبر المتواتر، سواء كان المخبر له عدلاً أو غير عدل، فحينئذ يحلف مع شاهده، إن لم يبلغ هذا الحد، امتنع من اليمين واستحلف المدعى عليه؛ لأنه لا يحل لأحد أن يحلف على ما لا يستيقنه.

فصل: وصفة اليمين أن يحلف على حسب ما شهد به الشاهد، فإن شهد له الشاهد بإقرار المدعى عليه، لم يكن له أن يحلف أن له عليه كذا، ولا أنه غصبه كذا، ولكن يحلف بالله لقد أقر له فلان بكذا، قاله محمد بن عبدالحكم، فإن كان المدعى عليه غائبًا، زاد فى يمينه أن حقه عليه لباق، وما عنده به رهن، ولا وثيقة، ثم يقضى له بذلك.

مسألة: وإن كان المولى عليه كبيرًا، فإن الذى فى العتبية من رواية أصبغ عن ابن القاسم: أنه يحلف مع شاهده بخلاف الصبى، فإن نكل، حلف المطلوب، وبرئ، وإن نكل، غرم.

قال أصبغ: كالعبد والذمى. وروى ابن حبيب عن مطرف: يحلف المطلوب، ويؤخر السفيه، فإذا رشد، حلف مع شاهده، إن شاء، وقضى له، وإن أبى لم يكن له على المطلوب يمين.

وجه القول الأول أن هذا يلزمه الحدود والطلاق، فكان له أن يحلف ويستحق حقه كالرشيد.

ووجه الرواية الثانية أن من لا يحلف فى دفع حق عن نفسه، فإنه لا يحلف فى استحقاقه كالصغير.

فرع: فإذا قلنا يحلف المطلوب أولاً، ويبقى الحق عنده، فإن نكل، أخذ منه الحق، فإذا رشد السفيه، حلف، وقضى له، وإن نكل، ردّ إلى المطلوب وكذلك الصبى.

وجه ذلك أن نكوله يضعف حقه، ويجب قبض المال منه لحق السفيه والصبى، فإذا أمكنت أيمانهما برشد السفيه، وكبر الصغير استحلفا مع شاهدهما، فإن حلفا، نفذ الحق لهما، وإن نكلا كان بمنزلة نكولهما أولاً، ورد إلى المطلوب؛ لأن نكوله أولاً، نقل اليمين إلى جنبة السفيه والصغير.

وكان ذلك بمنزلة أن تجب اليمين على المدعى عليه، فينكل، فيرد اليمين على المدعى، فينكل بأنه يقضى للمدعى عليه بالحق، ولو روعى وجوب اليمين أولاً على السفيه والصغير، وأن يمين المدعى عليه إنما كانت لتأخير أخذ الحق منه إلى أن يزول المانع من اليمين، فيحلف الرشيد والكبير مع شاهدهما، لوجب إن نكلا أن تردّ اليمين على المطلوب، فإن حلف ردّ إليه الحق، لأن هذه اليمين هى اليمين التى تجب عليه بنكول الطالب مع شاهده، وإن نكل نفذ عليه الحكم بأنه عن يمين.

فرع: فإذا قلنا يحلف السفيه مع شاهده حال سفهه، فإنه إن حلف قبض ما استحقه بيمينه، الناظر له. قال الشيخ أبو إسحاق: والاختيار أن يحلف، ويقبض ما حلف عليه، فإذا صار إليه قبضه منه من ينظر عليه؛ لأنه لا يستحق بيمينه شيئًا إلا من له قبضه.

فرع: وإن نكل، حلف المطلوب، وبرئ، ولا يمين على السفيه إذا رشد، وكذلك البكر المولى عليها، رواه سحنون عن ابن القاسم. وقال ابن كنانة: لها الرجوع إلى اليمين، وإن كان الغريم قد حلف أولاً.

وجه قول ابن القاسم أن من وجبت عليه يمين، فنكل عنها، وحكم باليمين على المطلوب لنكوله، فإنه لا يرجع عليه باليمين كالرشيد.

ووجه قول ابن كنانة أن السفيه محجور عليه لا يقبل إقراره، ولا يجوز عليه، فكذلك نكوله كالصغير.

فصل: وإن كانت الشهادة لغير معينين، ولا يحاط بعددهم مثل أن يشهد شاهد بصدقة لبنى تميم أو للمساكين أو فى سبيل الله، فقد قال ابن القاسم وأشهب: لا يحلف هذا الشاهد، ولا يستحق بشهادته حق.

ووجه ذلك أنه لا يتعين مستحق هذا الحق، فيحلف معه؛ لأن، كل من يحلف مع شاهده يجوز أن يخرج عن هذا الحق، ويصرف إلى غير ملكه وقبضه، وإنما يحلف فى الحقوق من يستحق بيمينه الملك أو القبض، ويطلب منه إن نكل.

مسألة: فإن كان الحبس لغير معينين، إلا أنه يحاط بعددهم، وأضيف إليهم من لا يحصى أن يقول: حبست هذا الملك على واد زيد وعقبهم، ففى كتاب ابن المواز: الذى يقول أصحابنا: إن كل حبس مسبل ومعقب، فلا يصح فيه اليمين مع الشاهد.

وروى ابن الماجشون عن مالك: إذا حلف الرجل منهم نفذت الصدقة لهم ولغيرهم، وغائبهم ومولودهم، ثم ذكر الشيخ أبو محمد بعد الكلام فى المجموعة: أن ابن وهب ومطرفًا وابن الماجشون رواها عن مالك: أنه يحلف مع أهل الصدقة رجل واحد مع الشاهد، ويثبت حبسًا له، ولجميع أهلها. فالظاهر عندى أن هذه الأقوال هى فيمن ذكر بحصر عدده.

وقد قال المغيرة فى المجموعة: إذا كانت الشهادة لمعين وغير معين، مثل أن يشهد الشاهد أن فلانًا حبس على فلان، وعلى عقبه، فإنه يحلف مع شاهده، ويحق الحق له، ولمن يأتى بعده بغير يمين.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن عدد الشهود وجنسهم يترتب على مراتب الحقوق، وذلك على ستة أضرب، فيثبت الزنى بأربعة شهداء.

والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿**واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم**﴾ [النساء: ١٥]، وقوله عز وجل: ﴿**والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة**﴾ [النور: ٤].

فرع: وأما الشهادة على الشهادة، فقد اختلف فيها العلماء، فروى مطرف عن مالك فى الواضحة: لا يجزئ فى ذلك إلا ستة عشر رجلاً، أربعة على شهادة كل واحد.

وقال ابن الماجشون: إذا شهد أربعة شهود على كل واحد من شهود الأصل، جازت شهادتهم، فإن تفرقوا، جاز أن ينقل شهادة كل واحد اثنان حتى يصيروا ثمانية.

وذكر القاضى أبو محمد: أن فى ذلك روايتين إحداهما: أن يشهد شاهدان على شهادة أربعة. وقيل: لا يكفى إلا أربعة، وإنما الروايتان على ما قدمنا والله أعلم. وقد قال ابن المواز: إذا شهد اثنان على شهادة أربعة، حدا.

وجه رواية مطرف عن مالك أن الشهادة فى الزنا مغلظة بالعدد، واختصت بذلك، فلذلك اختصت بأن لا تنقل عن شاهد لا من لا ينقل عن غيره؛ لأنه لا يتغلظ نقلها من جهة العدد إلا بهذا الوجه.

فرع: وإذا قطع اللصوص على رفقة، فشهد عليهم منها قوم، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون عن المغيرة وابن دينار: لا يجوز منهم أقل من شهادة أربع فى القطع وأموال الرفقة، غير الذين شهدوا، ولا تجوز شهادتهم لأنفسهم.

وقال مطرف: شهادة اثنين جائزة فى القطع، وفى أموالهم وأموال غيرهم، وإن لم يجز فى المال، لم يجز فى القطع، وقاله مالك، ولا يقبل بعض ويترك بعض.

وروى أصبغ عن ابن القاسم: تجوز شهادة عدلين منهم فى القطع وفى أموال غيرهم، وإن لم يجز فى المال، لم يجز فى القطع. وقال غيره: وأموال الرفقة دون أموالهما، إلا أن يكون ذلك يسيرًا، فيجوز ذلك لهم، ويغرم، كقول مالك فى الوصية، وإن كثر ما لهما لم يجز فى القطع لما لهما ولا لغيرهما.

مسألة: وأما الضرب الثانى، فشاهدان من الرجال، فيما يختص بجميع البدن من الطلاق والعتق والرشد والسفه وقتل العمد. قال القاضى أبو محمد: وكتاب القاضى إلى القاضى لا يثبت إلا بشاهدين أنه أشهدهما بما فيه، رواه ابن وهب عن مالك فى كتاب سحنون.

وجه ذلك أنه حق من حقوق الأبدان يطلع عليه الرجال.

فرع: وأما ترشيد السفيه، فقد قال أصبغ: لا يجوز فى ذلك شهادة رجلين حتى يكون ذلك فاشيًا، ويجوز إفشاء ذلك بشهادة النساء، وقد اختلف فى شهادتهنّ.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعنى ذلك عندى والله أعلم، أن إنفاذ الرجلين بمعرفة ذلك من حاله يبعد، ويترتب مع كونه متصرفًا بين الناس، ولاسيما أهل الثقة والصلاح، فإن الرشيد يقصد بمجالسته ومداخلته، ولو قل ذلك لعرف حاله النساء من جيرانه وأهل بيته ومن يداخلهم، فإذا فشا ذلك بشهادة النساء، جاز، وإن لم يوجد علم ذلك عند أحد غير الرجلين مع ما يلزم من ظهور ذلك وفشوه، لم تصح الشهادة.

قوله: وقد اختلف فى شهادة النساء فى ذلك.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ظاهره عندى جواز شهادة النساء فى ذلك على غير وجه الفشو والظهور، وذلك بأن تجوز منهنّ شهادة امرأتين فى رجل فى ترشيده الموجب لرفع ماله؛ لما كان مقصود الشهادة المال كشهادتهن مع رجل فى الوكالة، وعلى شهادة رجل فى المال.

مسألة: والضرب الثالث شهادة امرأتين في الأموال والعقود التي تختص بالأموال، فأما العقود التي لا تختص بالأموال، ولكن مقصودها المال كالوكالة على المال والوصية بالنظر فيه، فقد قال مالك وابن القاسم وابن وهب: يثبت بشهادة رجل وامرأتين.

وقال ابن الماجشون وأشهب: لا يثبت إلا بشهادة رجلين. وقال مالك من رواية ابن وهب: يجوز نقل رجل وامرأتين بشهادة رجل، وقاله أشهب. قال أصبغ: معناه عندي فيما يجوز فيه شهادة شاهد ويمين.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون: لم يقل ذلك مالك، ولا أحد من علمائنا في الوكالة، ولا نقل الشهادة، ولا في إسناد الوصايا ولا أجيزها.

وجه ذلك أن هذه شهادة مقصودها المال كالبيع.

ووجه القول الثاني ما احتج به سحنون من أني لو أجزت شهادة امرأتين ورجل في الوكالة؛ لأجزت فيها مثل هذا ويمينًا.

مسألة: والضرب الرابع: الشاهد واليمين، وسيأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى. والضرب الخامس: ما لا يطلع عليه الرجال، فيثبت بشهادة امرأتين كالولادة، والحمل، وعيوب الفرج، والاستهلال، والرضاع، فإذا شهدت امرأتان على استهلال الصبي، فالظاهر من مذهب مالك وابن القاسم، أن شهادتهما جائزة.

وقال سحنون في العتبية وغيرها: إنما تجوز شهادتهما على ذلك إذا بقي بدن الصبي حتى يشهد الرجال بالنظر إليه ميتًا؛ لأن البدن لا يفوت، والاستهلال يفوت.

وأما شهادة امرأتين على أن المولود ذكر، ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: ما أراه إلا وسيكون مع شهادتهما، يمين. قال ابن القاسم في كتاب ابن سحنون: لأن شهادتهما على ما قال أصبغ عنه في العتبية، والقياس أن لا تجوز؛ لأن ذلك يصير نسبًا قبل أن يصير مالاً، ويرث بأدنى المنزلتين إلا أن يخاف أن لا يبقى إلى أن يحضره الرجال، فتجوز شهادتهما فيه.

وروى أشهب عن مالك في كتاب ابن سحنون: شهادتهما لا تجوز في أنه ذكر، وأخذ به أشهب.

قال سحنون: القول قول أشهب، لأن الجسد لا يفوت، والاستهلال يفوت. قال سحنون: إلا أن تكون الولادة بموضع لا رجال فيه، ويخاف على الجسد إن أخر دفنه، فتجوز شهادة النساء حينئذ كما قال ابن القاسم.

فرع: إذا شهد رجل وامرأة على استهلال الصبى، لم تجز شهادتهما، وبه قال ابن الماجشون وابن عبدالحكم وأصبغ، وذلك لارتفاع الضرورة بحضور الرجال، فتسقط شهادة المرأة، ولا تتم الشهادة برجل واحد. قال ابن حبيب: وقد سمعت من أرضى من أهل العلم يجيز ذلك، ورآه أقوى من شهادة امرأتين، وهو أحب إلىّ.

فصل: ويلحق بهذا فصل اختلف فيه، هل هو من باب الشهادة أو من باب الفتوى والخبر، كالقائف، ففى العتبية عن سحنون: لا يقضى بقائف واحد؛ لأنه يلحق به نسب، ويكتب إلى البلدان، وينتظر أبدًا حتى يضم إليه آخر، وقاله ابن القاسم وابن نافع عن مالك. وروى محمد بن خالد عن ابن القاسم: أن شهادة القائف الواحد مقبولة.

ومعنى ذلك عندى أن من جعله من باب الشهادة، لم يقبل فيه إلا قول اثنين ممن تجوز شهادتهما بالنسب، ومن جعله من باب الفتوى والخبر، قبل فيه قول واحد، ويلزم عندى على هذا أن يقبل فيه قول العبد والمرأة، وهو الأظهر، إذا سأله الحاكم الحكم عن علمه لذلك.

ومن ذلك الترجمة لقول الخصم إذا لم يفهمه الحاكم أو لم يفهم أحدهما، فقد قال مطرف وابن الماجشون: يجزئ الواحد العدل، والاثنان أحب إلىّ، والمرأة العدلة تجزئه فى ذلك، إذا كان مما تقبل فيه شهادة النساء.

قال سحنون فى كتاب ابنه: لا تقبل ترجمة النساء، ولا ترجمة واحد، وهذا يجزى على ما تقدم من اختلافهم فى أمر القائف، غير أن اشتراط ابن الماجشون ومطرف فى قبول الترجمة من النساء: أن يكون ذلك مما يقبل فيه شهادة النساء، فيه نظر.

وذلك أن من عبر من أصحابنا عن ذلك بالشهادة، وقد قبل فيه الرجل الواحد والمرأة، فإنما هو تجوز فى عبارة. وقد قال مالك وأصحابه: لا تقبل امرأة واحدة فى شىء من الأشياء.

وإذا كان من باب الخبر والفتوى، فيجب أن يقبل فيه قول المرأة الواحدة فى كل شىء، وإنما يعتبر فى ذلك العدالة كما يعتبر فى المفتى والراوى للحديث.

وأما عيوب النساء والعبيد وغير ذلك، فقد قال ابن الماجشون فى الواضحة: يأمر الحاكم من يثق بنظره وعلمه بالعيب أن ينظر إليه، ويأخذ فيه بخبره وحده، وبقول الطبيب، وإن كان غير مسلم؛ إذا ليس من باب الشهادة، ولكنه علم يؤخذ ممن يبصره من مرضى أو غير مرضى، وهذا ما كان المختبر حاضرًا.

فإن غاب أو مات، انتقل إلى باب الشهادة عند ابن الماجشون، فقال: لا يقبل فيه إلا شهادة رجلين، قال: فإن كان مما لا يطلع عليه الرجال، قبل فيه خبر امرأة واحدة، فإن غابت الأمة أو ماتت، لم يقبل فى ذلك إلا شهادة امرأتين، والله أعلم وأحكم.

مسألة: والضرب السادس: ما لا تعتبر فيه العدالة، وهو شهادة أهل الرفقة بالتوسم، وشهادة الصبيان فيما لا يحضره غيرهم غالبًا من الجراح والقتل. قال الشيخ أبو القاسم: لا تجوز شهادة النساء بعضهم على بعض فى المواضع التى لا يحضرها الرجال. وقال بعض أصحابنا: تجوز شهادتهن فى ذلك واعتبرها بشهادة الصبيان.

فصل: وقوله: «**فإن أبى أن يحلف سقط، وأحلف المطلوب**» يريد أن اليمين تنتقل من جنبة من له أولاً، لنكوله عنها إلى جنبته الأخرى، فإن ثبت أولاً فى جنبة المدعى لقوتها بشاهد يشهد له، فنكل عنه انتقلت إلى جنبة المدعى عليه، وإن ثبتت أولاً فى الجنبة المدعى، فنكل انتقلت إلى جنبة المدّعى.

فصل: «فإن حلف، سقط عنه الحق، وإن أبى أن يحلف، ثبت عليه الحق لصاحبه» يريد أن اليمين إذا انتقلت إلى المدعى عليه حين نكل المدعى عن اليمين مع شاهد، فإن المدعى عليه إن حلف سقطت عنه الدعوى؛ لأن يمينه إنما هى لذلك، وإن أبى أن يحلف، ثبت عليه الحق؛ لأن جنبته تضعف حينئذ بنكوله، فلا ينتقل بمجرد الدعوى عليه إلى إثبات الحق عليه. وقال الشافعى: لا يحكم بنكوله مع شاهد الدعوى.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن النكول بسبب مؤثر فى الحكم، فوجب أن يقضى به مع الشاهد كيمين المدعى، ومعنى تأثيره أن اليمين تنتقل بنكول المدعى عليه إلى جنبه المدعى، فيحلف، ويستحق.

ووجه آخر، وهو أن من انتقلت إليه اليمين من خصمه، فنكل عنها، وجب القضاء عليه كاللذين لا بينة بينهما.

مسألة: فإن نكل من شهد له الشاهد بحق، فردت اليمين على المطلوب، فحلف، ثم وجد الطالب شاهد آخر، فروى ابن المواز أنه لا يضم له إلى الأول، ورواه يحيى بن يحيى وابن سحنون عن ابن القاسم. وروى ابن حبيب عن ابن عبدالحكم وابن الماجشون عن مالك: أنه يضم له إلى الأول، ويقضى له به.

قال ابن كنانة: هذا وهم، وقد كان يقول: لا يضم إلى الأول، وإنما هو فى المرأة تقيم شاهدًا على طلاق، فيحلف الزوج، ثم تجد شاهدًا آخر أنه لا يضم إلى الأول؛

لأنه لم يوجد منها نكول، وقاله ابن الماجشون. وقال أصبغ بقول مالك: يضاف له الشاهد الثانى إلى الأول فى الحقوق كما لو لم يقم شاهدًا، فيحلف المطلوب، ثم يصيب الطالب بينته أنه يقوم بها.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أن هذه المسألة مبنية على المسألة التى احتج بها أصبغ، ولاخلاف فيها كالخلاف فى هذه.

فرع: فإذا قلنا لا يضم الشاهد الثانى إلى الأول، ففى كتاب ابن المواز: يؤتنف له الحكم فيحلف مع شاهده. وقال ابن كنانة: لا يحلف مع الشاهد الثانى؛ لأنه ترك حقه بالنكول، ونحوه روى يحيى بن يحيى وابن الماجشون عن ابن القاسم.

فإذا قلنا يحلف، فنكل ثانية، ففى الموازية: ترد اليمين ثانية على المطلوب؛ لأن اليمين الأول إنما سقط بها شهادة الشاهد الأول. وقال ابن ميسر: لا ترد اليمين على المطلوب ثانية؛ لأنه قد حلف على الحق مرة.

مسألة: ويقضى باليمين مع شهادة امرأتين خلافًا للشافعى. والدليل على ما نقوله أن شهادة المرأتين شهادة قبلت فى الشرع مع شهادة رجل، فجاز أن يقضى بها مع اليمين.

قَالَ مَالِك: وَإِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ فِي الأَمْوَالِ خَاصَّةً وَلا يَقَعُ ذَلِكَ فِي شَيْءٍ مِنَ الْحُدُودِ، وَلا فِي نِكَاحٍ، وَلا فِي طَلاقٍ، وَلا فِي عَتَاقَةٍ، وَلا فِي سَرِقَةٍ، وَلا فِي فِرْيَةٍ، فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ: فَإِنَّ الْعَتَاقَةَ مِنَ الأَمْوَالِ، فَقَدْ أَخْطَأَ لَيْسَ ذَلِكَ عَلَى مَا قَالَ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ عَلَى مَا قَالَ؛ لَحَلَفَ الْعَبْدُ مَعَ شَاهِدِهِ إِذَا جَاءَ بِشَاهِدٍ أَنَّ سَيِّدَهُ أَعْتَقَهُ، وَأَنَّ الْعَبْدَ إِذَا جَاءَ بِشَاهِدٍ عَلَى مَالٍ مِنَ الأَمْوَالِ ادَّعَاهُ، حَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ، وَاسْتَحَقَّ حَقَّهُ كَمَا يَحْلِفُ الْحُرُّ(١).

الشرح: قوله: «وإنما يكون ذلك فى الأموال خاصة»، قال سحنون فى كتاب ابنه: يقضى باليمين مع الشاهد فى المال المعين، وغير المعين بما ثبت فى الذمة. قال ابن وهب عن مالك: فى الأموال الجسيمة من الذهب الورق والحائط والرقيق.

قال ابن سحنون عن أبيه: وفى الغصب والبيع والهبة وأرش الجناية مما تحمله العاقلة، وما لا تحمله، وفى إبراء من هو عليه ومصالحته، وقبضه، وفى التبرى من عيب الرقيق

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٢/٦٠.

وإقرار من يشهد به شاهدان بمال أنهما شهدا بباطل. ومعنى ذلك أن الشهادة باشرت المال، والعقود المختصة بالمال.

مسألة: فإن تعلقت الشهادة بالعقود التى لا تختص بالمال، ولكن المقصود منها المال كالشهادة على حكم قاض، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون: لا يثبت كتاب قاض إلى قاض بشاهد ويمين، وإن كان فى مال. وقال مطرف: يحلف مع شاهده ويثبت له القضاء.

وجه قول عبدالملك أن هذه شهادة لا تختص بالمال، ولكن المقصود منها المال كالشهادة على النكاح.

ووجه قول مطرف أن هذه شهادة مقصودها المال، فأشبهت البيع.

مسألة: وأما الجراح، فقد اختلف أقوال شيوخنا فيها، ففى المجموعة وغيرها إطلاق قولهم: لا يجوز الشاهد واليمين إلا حيث تجوز شهادة رجل وامرأتين.

وقال سحنون: أصلنا أن كل ما جاز فيه شاهد ويمين، جازت فيه شهادة النساء، وكل ما لا يجوز فيه شاهد ويمين، لم تجز فيه شهادة ويمين النساء، وتقدم من القول أن الشاهد واليمين إنما يجوز فى المال.

وقد قال فى المجموعة ابن القاسم وابن الماجشون وأشهب: تجوز شهادة النساء فى خطأ القتل والجراحات. قال أشهب: وفى العمد الذى لا قود فيه، وإن لم يكن معهن رجل حلف المجروح، واستحق دية جرحه.

ووجه ذلك أن هذه شهادة إنما يجب بها المال، وبه فثبتت بشاهد ويمين كالشهادة بالبيع، واختلف فى جراح العمد، فروى فى العتبية سحنون عن ابن القاسم: لا تجوز شهادة النساء فى ذلك.

وروى فى المجموعة وكتاب ابنه: أن قول ابن القاسم اختلف فى ذلك. وقال ابن الماجشون وسحنون: يجوز فى ذلك شهادة النساء.

وجه القول الأول إن هذه شهادة لا يجب بها مال، ولا تتعلق به، فلم يثبت بشهادة النساء مع الرجال كالشهادة بقتل العمد.

ووجه القول الثانى أن هذا حق الآدمى لا يتعلق بتفويت نفس ولا ملك منافعها، فأثبتت الشهادة بالبيع والإجارة.

فرع: وإذا قلنا تجوز فى جراح العمد، فقد قال عبدالملك فى المجموعة والواضحة: يجوز فيما صغر منها كالموضحة والإصبع ونحو ذلك مما يؤمن على النفس، ولا يجوز فيما يخاف منه تلف النفس.

وقال سحنون فى المجموعة وكتاب ابنه: اختلف قول ابن القاسم فى شهادة النساء فيما دون النفس، قال: والذى رجع إليه ابن القاسم أن ذلك لا يجوز، ولا يعجبنى.

وجه قول ابن الماجشون وسحنون أن الشهادة معتبرة بما يثبت بها، ووجدنا التغليظ فى الشهادة من جهتين، من جهة العدد، وله أقل وأكثر، ومن جهة الذكورة، فلما أن كان الزنا يتعلق به سفك الدم، وإتلاف حرمة العرض، وتدخل به المعرة على الأهل والقرابة، تغلظ بالوجهين بأكثر العدد، والذكورة.

ولما كان قتل العمد يتعلق به سفك الدم خاصة، تعلق بأقل العددين، والذكورة، ولما كانت الأموال أقلها رتبة لم يتعلق بذكورة، ولا عدد، فيثبت بشهادة رجل وامرأتين وباليمين مع شاهد واحد، ووجدنا الجراح تنوع نوعين، فمنها ما يصغر ويقل خطره، ويؤمن تعديه إلى النفس غالبًا، فلم يدخله التغليظ، وثبت بما تثبت به الأموال، ومنها ما عظم وعظم خطره ويخاف تعديه إلى النفس، فدخله التغليظ الذى حصل فى القتل لما يخاف أن يكون سببًا إليه.

ووجه قول ابن القاسم أن الشهادة بما دون النفس شهادة بجراح لا تتناول النفس، ولا سفك الدم، فتثبت بشهادة رجل وامرأتين، وبشهادة رجل ويمين. أصل ذلك ما صغر من الجراح، ويحتمل عندى أن يكون ابن القاسم يرى الاحتياط فى إثبات القتل والجراح بالشاهدين واليمين، كما يرى ذلك إثباتها بشهادة الصبيان، وإنما تغلظ النفس بعدد الأيمان والحالفين، ولذلك اعتبر العدالة والذكورة فى الشاهد بالقتل، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**وإنما يكون ذلك فى الأموال خاصة دون الحدود والنكاح والطلاق والعتق والسرقة والفدية**» يريد أن اليمين مع الشاهد يحكم بها فى الأموال، ولا يحكم بها فى المعانى التى نص عليها من الحدود والسرقة والفدية. زاد ابن حبيب عن مطرف عن مالك: والشرب.

قال مالك فى الموطأ: وكذلك الطلاق والنكاح والعتاق، وإنما لم يقض باليمين مع الشاهد فى الحدود؛ لأنها من حقوق الله تعالى وما كان من حقوق الله تعالى لم يتصور فيه القضاء باليمين مع شهادة المستحق.

وأما النكاح والطلاق والعتق، فإنها من حقوق الله تعالى، وما تعلق بها من حقوق الآدميين كالنكاح والرجعة، فهو حق يتعلق بجميع البدن كالقصاص في القتل، ولا يثبت باليمن مع الشاهد هلال صوم ولا فطر ولا حج؛ لما تقدم، والله أعلم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فالفرية، وهي القذف بالزنا، لا تثبت على القاذف بشاهد ويمين. وروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك في العتبية والمجموعة: أنه يحلف له ما قذفه، فإن نكل، سجن له أبدًا حتى يحلف. وري أصبغ عن ابن القاسم في العتبية: إن طال سجنه خلي سبيله، ولا ضرب عليه، وتوجيه ذلك يأتي في حكم الشاهد بالطلاق والعتق، إن شاء الله.

مسألة: وإن أقام شاهدًا أن فلانًا شتمه؟ قال أشهب عن مالك: لا يقضي في هذا بشاهد ويمين، ولكن إن كان الشاتم يعرف بالسفه والفحش، عرز. قيل أفهل الشاتم يمس؟ قال: نعم، وعسى به أن أراه، وليس كل ما رأى المرء أن يؤجلوه سنة روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك: يقضي باليمين مع الشاهد في المشاتمة دون الحد.

ووجه ذلك أنه حق يستوفي منه لا يوجب حرمة، وهو حق الآدمي، فثبت بالشاهد واليمين كالمال.

مسألة: وإن شهد شاهد أنه سرق، لم يقطع يده، ويحلف صاحب المتاع مع شهادة شاهده، ويستحق عليه ردّ ما سرق، وإذا شهد عليه شاهد أنه شرب خمرًا لم يحد. وأما النكاح، فإن شهد بعقد نكاح لم يثبت حكمه، ولا يجب اليمين به على من ادّعى عليه النكاح، ولو ثبت النكاح، وجهل الصداق، ثبت قدر الصداق بالشاهد واليمين، لأنه حكم في مال.

مسألة: وأما الطلاق والعتق، فإن ادّعته المرأة على زوجها والأمة على سيدها، فلا يمين على السيد ولا الزوج. قال مالك: ولا يأتيها زوجها إلا مكرهة. قال ابن القاسم: والأمة كذلك، وإن استطاعت أن تفتدي الزوجة بجميع مالها، تفعل.

ووجه ذلك أنها تعتقد الزنا في وطئها، فلا يحل لها ذلك، إلا بالإكراه الذي لا تستطيع دفعه، وإذا أمكنها أن تفتدي منه بجميع ما تملك، لزمها ذلك كالتي تكون على الزنا.

مسألة: وإن شهد شاهد بطلاق أوعتق، فقد قال مالك: يحلف الزوج والسيد، إن

أنكر، فإن حلف، لم يلزمه شيء من الطلاق، ولا العتق، فإن نكل، ففي ذلك عن مالك روايتان. قال ابن القاسم: كان مالك يقول: تطلق الزوجة، ويعتق العبد عليه، وبهذا قال أشهب، ثم رجع، فقال: يحبس، وهو الذى يختاره ابن القاسم وأكثر أصحابنا.

وجه القول الأول، أن كل من لزمته يمين، فإن نكوله لا يوجب ردها، فإنه يوجب الحكم عليه، وإلا فلا فائدة فى إلزامها إذا كان الامتناع منها، يبطل حكمها.

ووجه آخر، أن هذا نكل عن يمين وجبت عليه لإبطال شهادة شاهد، فوجب أن يحكم عليه بما شهد به الشاهد كما لو ردّت عليه فى الأموال.

ووجه القول الثانى ما احتج به ابن المواز بأنى لو حكمت عليه لحكمت بشاهد بغير يمين، فيكون ذلك أقل حالاً من المال، ومعنى ذلك أن هذا الشاهد ليس ممن يجب أن ينفذ عليه بشهادته ما شهد به بوجه، لو اقترنت شهادته بيمين المدعى، فاليمين يوجب شهادته بمنزلة اليمين التى توجبها الدعوى فى الأموال، وليست بمنقولة إليه عن جنبة من كان يحكم له بيمينه، فيحكم عليه بنكوله، وإنما هى للاستظهار، وإذا نكل عنها، لم يحكم عليه بها عن مالك أنه نكل.

فرع: فإذا قلنا إنها تطلق عليه بالنكول، فقد روى أشهب عن مالك أنه إن نكل، ثم أراد أن يحلف، فإنه ليس له ذلك وكذلك العتق.

ووجه ذلك أن النكول تضعف جنبته، ويقوى دعوى المدعى عليه الطلاق، فإذا نكل فقد أقر من ضعف جنبته بما يوجب الحكم عليه، فليس له الرجوع عن ذلك.

فرع: وإذا قلنا إنه يحبس، فقد روى عن مالك أنه يحبس أبدًا حتى يحلفوا، واختاره سحنون ورواه يحيى بن يحيى عن ابن نافع فى الطلاق والعتق. وقال ابن القاسم: يحبس حتى يطول عليه وتطلق، والطول سنة.

وجه القول الأول أنه إنما سجن ليحلف، فلا يخرج عن السجن إلا بما حبس لأجله.

ووجه قول ابن القاسم أن السجن إنما هو عقوبة لامتناعه من اليمين ولاختبار حاله، والسنة مدة فى الشرع لمعان من الاختبار كالعنة وغيرها.

وقد روى عنه ابن نافع: أنه يسجن، ويضرب له أجل الإيلاء، فإذا انقضى طلق عليه بعد ذلك، هذا الذى رواه عنه فى نوادره الشيخ أبو محمد.

والذى فى كتاب ابن مزين، أن يحيى بن يحيى روى عنه ما تقدم أن محمد بن خالد روى عنه أنه إذا أطال سجنه على المرأة، وأبى أن يحلف، ضرب له الأجل، فإن حلف عند انقضائه خلى سبيله، وردت إليه المرأة، وإن أبى أن يحلف، طلقت عليه بالإيلاء، قال يحيى: وقال أبو زيد قاضى أهل المدينة مثله.

ووجه ذلك أنه ممنوع من الوطء بمعنى حرمته عليه، فضرب له أجل الإيلاء كالذى يحلف بطلاق زوجته: ليفعلن، فإنه يدخل عليه الإيلاء من يوم رفعته زوجته، ويحكم به عليه الحاكم، وهذا أشد من الخلاف؛ لأنه يدعى عليه تحريم الزوجة، وقد شهد عليه شاهد.

فصل: وقوله: «**فإن قال قائل: إن العتاقة من الأموال، فقد أخطأ، ولو كان على ما قال: يحلف العبد مع شاهده على عتقه؛ لأنه يجب مع شاهده فى المال**» وهذا الذى قاله مبنى على بيان معنى قولنا: الشهادة على الأموال، وذلك أن الشهادة على المال هى الشهادة بطلب مال يخرج من متمول له إلى متمول آخر، وليس هذا حكم الشهادة على العتاقة؛ لأن الرقبة بالعتاقة لا تخرج إلى متملك، وذلك مثل المال يطلبه الرجل من الآخر، فيشهد له بشاهد، سواء كان المال دينًا معلقًا بذمته أو شيئًا معينًا مما يتملك.

وذلك على ثلاثة أوجه، أحدها: أن يباشر الشهادة مالاً، فيؤدى إلى عتق أو إلى نقصه أو إلى طلاق زوجة، وسيأتى ذكره، أو تكون الشهادة تجر إلى المال، لا يحكم فيها بغير ذلك، وإن باشرت معنى آخر مثل الشهادة على الحر بجرح العبد، فيحلف سيده مع شاهده، ويستحق الأرش، قاله ابن حبيب فى المجموعة وكتاب ابن حبيب.

وقال أشهب فى العتبية من رواية عبدالملك بن الحسن: إذا شهدت امرأتان على امرأة أنها ضربت بطن امرأة، فألقت مضغة، فلتحلف معهما، وتستحق الغرة، ولا كفارة على الضاربة.

وروى أشهب عن مالك فى العتبية: فى الذى شهد له شاهد أنه وارث فلان، فإن لم يأت بغيره، حلف واستحق.

قال أشهب: وذلك إذا كان نسبه من الميت ثابتًا، ويكون الشاهد يشهد أنه لا يعلم له وارث غيره، فيحلف معه، ويرث؛ لأنه شهد على مال، وكذلك الولاء يثبت للأقعد من أهل الولاء بالشاهد واليمين، إذا ثبت الولاء لمن ورثوه عنه، قاله الشيخ أبو محمد.

وفى كتاب ابن المواز: من أقام شاهدًا أنه وارث فلان أو مولاه، لا يعلم له وارث

غيره، قال مالك: يستأنى بالمال حتى يؤيس أن يأتي أحد بأثبت من ذلك، فيحلف معه، ويقضى له بالمال، ولا نسب له يثبت، فهذا مخالف لما تقدم.

فصل: وقوله: **«إن العبد يحلف مع شاهده فى المال»** يقتضى أنه يحلف فى قليل ذلك وكثيره؛ لأن مالكًا قال: إنه يحلف كما يحلف الحر.

وجه ذلك أنه يملك كما يملك الحر، فوجب أن يحلف مع شاهده؛ ليصل إلى استحقاق ملكه كالحر.

قَالَ مَالِك: فَالسُّنَّةُ عِنْدَنَا أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا جَاءَ بِشَاهِدٍ عَلَى عَتَاقَتِهِ اسْتُحْلِفَ سَيِّدُهُ مَا أَعْتَقَهُ، وَبَطَلَ ذَلِكَ عَنْهُ.

قَالَ مَالِك: وَكَذَلِكَ السُّنَّةُ عِنْدَنَا أَيْضًا فِي الطَّلاقِ إِذَا جَاءَتِ الْمَرْأَةُ بِشَاهِدٍ، أَنَّ زَوْجَهَا طَلَّقَهَا، أُحْلِفَ زَوْجُهَا مَا طَلَّقَهَا، فَإِذَا حَلَفَ، لَمْ يَقَعْ عَلَيْهِ الطَّلاقُ.

قَالَ مَالِك: فَسُنَّةُ الطَّلاقِ وَالْعَتَاقَةِ فِي الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ وَاحِدَةٌ إِنَّمَا يَكُونُ الْيَمِينُ عَلَى زَوْجِ الْمَرْأَةِ، وَعَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ، وَإِنَّمَا الْعَتَاقَةُ حَدٌّ مِنَ الْحُدُودِ لا تَجُوزُ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ؛ لأَنَّهُ إِذَا عَتَقَ الْعَبْدُ ثَبَتَتْ حُرْمَتُهُ، وَوَقَعَتْ لَهُ الْحُدُودُ، وَوَقَعَتْ عَلَيْهِ، وَإِنْ زَنَى، وَقَدْ أُحْصِنَ رُجِمَ، وَإِنْ قَتَلَ الْعَبْدَ، قُتِلَ بِهِ، وَثَبَتَ لَهُ الْمِيرَاثُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَنْ يُوَارِثُهُ، فَإِنِ احْتَجَّ مُحْتَجٌّ، فَقَالَ: لَوْ أَنَّ رَجُلا أَعْتَقَ عَبْدَهُ وَجَاءَ رَجُلٌ يَطْلُبُ سَيِّدَ الْعَبْدِ بِدَيْنٍ لَهُ عَلَيْهِ، فَشَهِدَ لَهُ عَلَى حَقِّهِ ذَلِكَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ، فَإِنَّ ذَلِكَ يُثْبِتُ الْحَقَّ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ حَتَّى تُرَدَّ بِهِ عَتَاقَتُهُ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لِسَيِّدِ الْعَبْدِ، مَالٌ غَيْرُ الْعَبْدِ يُرِيدُ أَنْ يُجِيزَ بِذَلِكَ شَهَادَةَ النِّسَاءِ فِي الْعَتَاقَةِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ عَلَى مَا قَالَ: وَإِنَّمَا مَثَلُ ذَلِكَ الرَّجُلُ يَعْتِقُ عَبْدَهُ، ثُمَّ يَأْتِي طَالِبُ الْحَقِّ عَلَى سَيِّدِهِ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ، فَيَحْلِفُ مَعَ شَاهِدِهِ، ثُمَّ يَسْتَحِقُّ حَقَّهُ، وَتُرَدُّ بِذَلِكَ عَتَاقَةُ الْعَبْدِ أَوْ يَأْتِي الرَّجُلُ قَدْ كَانَتْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِ الْعَبْدِ مُخَالَطَةٌ وَمُلابَسَةٌ، فَيَزْعُمُ أَنَّ لَهُ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ مَالا، فَيُقَالُ لِسَيِّدِ الْعَبْدِ: احْلِفْ مَا عَلَيْكَ مَا ادَّعَى، فَإِنْ نَكَلَ وَأَبَى أَنْ يَحْلِفَ، حُلِّفَ صَاحِبُ الْحَقِّ، وَثَبَتَ حَقُّهُ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ، فَيَكُونُ ذَلِكَ يَرُدُّ عَتَاقَةَ الْعَبْدِ إِذَا ثَبَتَ الْمَالُ عَلَى سَيِّدِهِ.

قَالَ: وَكَذَلِكَ أَيْضًا الرَّجُلُ يَنْكِحُ الأَمَةَ، فَتَكُونُ امْرَأَتَهُ، فَيَأْتِي سَيِّدُ الأَمَةِ إِلَى

الرَّجُلِ الَّذِى تَزَوَّجَهَا، فَيَقُولُ: ابْتَعْتَ مِنِّى جَارِيَتِى فُلانَةَ أَنْتَ وَفُلانٌ بِكَذَا وَكَذَا دِينَارًا، فَيُنْكِرُ ذَلِكَ زَوْجُ الأَمَةِ فَيَأْتِى سَيِّدُ الأَمَةِ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، فَيَشْهَدُونَ عَلَى مَا قَالَ، فَيَثْبُتُ بَيْعُهُ وَيَحِقُّ حَقُّهُ، وَتَحْرُمُ الأَمَةُ عَلَى زَوْجِهَا، وَيَكُونُ ذَلِكَ فِرَاقًا بَيْنَهُمَا، وَشَهَادَةُ النِّسَاءِ لا تَجُوزُ فِى الطَّلاقِ.

قَالَ مَالِك: وَمِنْ ذَلِكَ أَيْضًا الرَّجُلُ يَفْتَرِى عَلَى الرَّجُلِ الْحُرِّ، فَيَقَعُ عَلَيْهِ الْحَدُّ، فَيَأْتِى رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ، فَيَشْهَدُونَ أَنَّ الَّذِى افْتُرِىَ عَلَيْهِ عَبْدٌ مَمْلُوكٌ، فَيَضَعُ ذَلِكَ الْحَدَّ عَنِ الْمُفْتَرِى بَعْدَ أَنْ وَقَعَ عَلَيْهِ، وَشَهَادَةُ النِّسَاءِ لا تَجُوزُ فِى الْفِرْيَةِ.

قَالَ مَالِك: وَمِمَّا يُشْبِهُ ذَلِكَ أَيْضًا مِمَّا يَفْتَرِقُ فِيهِ الْقَضَاءُ وَمَا مَضَى مِنَ السُّنَّةِ، أَنَّ الْمَرْأَتَيْنِ يَشْهَدَانِ عَلَى اسْتِهْلالِ الصَّبِىِّ، فَيَجِبُ بِذَلِكَ مِيرَاثُهُ حَتَّى يَرِثَ، وَيَكُونُ مَالُهُ لِمَنْ يَرِثُهُ إِنْ مَاتَ الصَّبِىُّ، وَلَيْسَ مَعَ الْمَرْأَتَيْنِ اللَّتَيْنِ شَهِدَتَا رَجُلٌ وَلا يَمِينٌ، وَقَدْ يَكُونُ ذَلِكَ فِى الأَمْوَالِ الْعِظَامِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ وَالرِّبَاعِ وَالْحَوَائِطِ وَالرَّقِيقِ وَمَا سِوَى ذَلِكَ مِنَ الأَمْوَالِ، وَلَوْ شَهِدَتِ امْرَأَتَانِ عَلَى دِرْهَمٍ وَاحِدٍ أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ لَمْ تَقْطَعْ شَهَادَتُهُمَا شَيْئًا، وَلَمْ تَجُزْ إِلا أَنْ يَكُونَ مَعَهُمَا شَاهِدٌ أَوْ يَمِينٌ.

الشرح: قوله: «**أن العبد إذا جاء بشاهد أن سيده أعتقه، حلف السيد، وبطل العتق، وكذلك المرأة تدعى طلاق زوجها، يحلف الزوج، ولا يلزمه طلاق، فإن وجد العبد أو الزوجة بعد اليمين شاهدًا آخر، فإنه يضم إلى الشاهد الأول، ويقضى بهما بالعتق والطلاق**». قال ابن المواز: لأنه منع أولا من اليمين، فلم يوجد منه نكول يسقط به الشاهد كالصغير يقوم له شاهد بحق، فيحلف المطلوب، ثم يوجد له شاهد آخر بذلك الحق، فإنه يحكم له به.

مسألة: ولو كان العبد إذا أقام شاهدًا بعد موت سيده أنه أعتقه فى مرضه، ففى كتاب ابن المواز: أن الورثة يحلفون على العلم.

ووجه ذلك أنه لا طريق لهم إلى القطع بذلك كسائر ما يدعى من الحقوق.

فصل: وقوله: «**إن العتاقة من الحدود**» يريد أنه يتعلق بها حق الله تعالى، ولذلك لو اتفق السيد والعبد على إبطال العتق، لم يكن لهما ذلك. وقد ذكر الله تعالى الطلاق فقال: ﴿**الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان**﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وقال

عز من قائل: ﴿**تلك حدود الله فلا تعتدوها**﴾ فوصف الطلاق، وما ذكر معه بأنه من حدود الله تعالى.

فصل: وقوله: «**لا تجوز فيها شهادة النساء**» يريد لا ينفذ العتق والطلاق بشهادة النساء، فلو شهد رجل وامرأتان بعتق أو طلاق، لم تجر فى ذلك شهادتهم بمعنى أن يحكم بالطلاق، ولو شهدت امرأتان على رجل بطلاق امرأته، أو عتق عبده، وجبت بشهادتهم على الزوج والسيد اليمين، وليست هاهنا شهادة على التحقيق؛ لأنه لا يحكم بما يقتضيه من الطلاق، وإنما يجب بها اليمين على الزوج، وهى تشبه الشاهد العدل فى المقاسمة.

فصل: وقوله: «**لأنه إذا عتق العبد ثبتت حرمته، ووقعت له الحدود، ووقعت عليه، وإن زنا، وقد أحصن رجم، وإن قتل، قتل به، وتثبت له المواريث**» يريد بقوله: «**ثبتت حرمته**» أنه ثبت له حرمة الحرية، فتكمل ديته دية الحر، ويثبت القصاص بينه وبين الحر فى النفس والأطراف، ومن قذفه مع العفة حد.

ويريد بقوله: «**ووقعت له الحدود**» أن من قذفه مع العفة، حُدَّ.

ويريد بقوله: «**ووقعت الحدود عليه**» وتتم له حدود الحر فى القذف والزنا وشرب الخمر ورجم فى الزنا مع الإحصان، وهذه كلها معان تثبت للإنسان من أحكام الحرية، فلا يقبل فيها شهادة النساء، ولذلك استدل شيوخنا بالحرية على أن شهادة النساء لا يحكم بها فى العتاقة.

فصل: وقوله: «**فإن احتج محتج بمن أعتق عبده، وجاء من يطلبه بدين، شهد له به رجل وامرأتان، ثبت الحق على السيد، إن كان معسرًا، وردّ عتق العبد**» محتجًا بذلك لإجازة شهادة النساء فى العتق، فليس على ما قال، وقد ردّ العتق هذا الوجه بالشاهد على السيد بدين مع يمين طالب أو بدعوى المدّعى، ونكول السيد، هذا كله غلط، قاله مالك؛ لأن عتق الرجل عبده، وعليه دين يحيط بماله والعبد غير جائز، سواء كان عتقه واجبًا أو تطوعًا؛ لأنه ليس له إتلاف أموال الناس بأداء الكفارة منها أو عتق تطوع، وإنما جاز أن يردّ العتق بشهادة رجل وامرأتين وبشهادة امرأتين ويمين الطالب؛ لأن الشهادة لا تباشر رد العتق، ولا تتناوله، وإنما تتناول إثبات الدين.

فإذا ثبت الدين بهذه الشهادة مع ما يقترن بها، رد العتق بثبوت الدين المتقدم عليه المانع منه، وهذا كما يقول أنه تجوز شهادة النساء فى الولادة، وثبت النسب بها، ولو شهدت به النساء، لم يثبت بشهادتهنّ.

مسألة: وأما قوله: «**إن العتق يرد بنكول السيد عن اليمين**» فهو قول مالك فى الموطأ، وكذلك وقع فى العتبية والمجموعة. وفى كتاب ابن مزين عن ابن القاسم: لا ترد بذلك عتاقه العبد. زاد أبو محمد فى روايته: ولا بإقراره، إن أقر أن عليه دينًا.

وجه ذلك أن النكول من فعله، فليس له أن يرق به العبد؛ لأنه رجوع فى عتقه كإقراره بالدين.

فصل: وقوله: «**وكذلك أيضًا الرجل تكون تحته أمة غيره، فيأتى سيدها برجل وامرأتين يشهدون أن الزوج اشتراها من السيد، فيثبت الشراء، وتحرم الأمة على زوجها، وإن كانت شهادة النساء لا تجوز فى الطلاق**». قال عبدالملك فى كتاب ابن سحنون: والنساء فى هذا لم يشهدن فى نفس الفراق، وإنما يشهدن فى مال جر إلى ما ذكرت.

قال سحنون: وكذلك شهادتهن فيمن غر من نفسه بالحرية أنه مملوك لفلان، جازت، فيحلف بعضهنّ، ويرق له، ويبطل الحد عمن قذفه، وتصير حدوده حدود عبد، ولو كان قُذِف أو قَذَف، فشهدت امرأتان أنه مملوك لغائب أو صغير، فالحد قائم له، رواه ابن المواز عن أشهب. قال ابن المواز: ومتى قدم الغائب أو كبر الصغير، وحلف واستحق رقبته.

ووجه ذلك عندى أنه لا يصح الحكم برقه الآن لعدم من يدعيه، ويحلف مع شهادة المرأتين، فيبقى على حكم الرق إلى أن يدعيه مدع، ويحلف مع شهادتهما. قال ابن الماجشون: ولو شهدت امرأتان على أداء كتابة مكاتب؛ لحلف، وتم عتقه، وهذا كله على نحو ما تقدم.

فصل: وقوله: «**مما يشبه ذلك أيضًا أن المرأتين تشهدان على استهلال الصبى، فيجب بذلك ميراثه حتى يرث ويورث دون أن يكون معها شاهد أو يمين ويكون ذلك فى الأموال العظام، ولو شهدت امرأتان على درهم واحد أو أقل، لم يحكم بشهادتهم إلا أن يكون معهما شاهد أو يمين**» يريد أن شهادة المرأتين تقبل ويحكم بها دون أن يقترن بها شىء، فيما لا يطلع عليه الرجال كالاستهلال والولادة. قال القاضى أبو محمد: إلا الرضاع، وسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وكذلك إذا شهدت امرأتان أن فلانة أسقطت، حلت من عدتها للأزواج. قال مالك فى كتاب ابن سحنون: شهادة امرأتين تجوز فيما لا يطلع عليه غيرهن مما تحت الثياب من العيوب، والحيض، والولادة، والاستهلال وشبه ذلك.

ووجه ذلك أنه إذا كان مما لا يجوز للرجال النظر إليه، لم تصح شهادتهم فيه، وهو مما يطلع عليه النساء، فتدعو الضرورة إلى تجويز شهادتهنّ، وفيه قد نص الله على قبول شهادتهن حيث تجوز شهادة الرجال، فبأن تجوز حيث لا تصح شهادة الرجال، ولا يمكن اطلاعهم عليه أولى.

مسألة: وإذا ادّعى الزوج أن زوجته رتقاء أو بها داء الفرج، قال سحنون: أصحابنا يرون أنها مصدقة، وأنا أرى ينظر النساء إلى عيوب المرأة الحرة التى فى الفرج، وقد تقدم هذا فى النكاح، وأمر سحنون فى صبية أراد أولياؤها تزويجها، فأمر امرأتين عادلتين أن تنظرا هل أنبتت، فأخبرتاه أن قد أنبتت، فأذن لهم فى إنكاحها.

وأما ما كان فى غير الفرج، فإنه يبعد عن ذلك الموضع لينظر إليه الشهود، وكذلك لو أصابتها علة فى موضع يحتاج أن ينظر إليه الطبيب بعد عن ذلك الموضع، فينظر إليه الأطباء.

قال سحنون: ووجه ذلك أنه ليس بمغلظ كنفس العورة، وإنما يحرم النظر بكل حال فى حق الرجل إلى نفس العورة.

مسألة: وأما شهادة امرأتين على الرضاع، فقد قال القاضى أبو محمد عن مالك: فى ذلك روايتان، إحداهما: أنه لا يكفى فى ذلك إلا أن يفشو عند الجيران، ويظهر وينتشر. والأخرى أن شهادتهما مقبولة، وإن لم يفش.

قال: وجه الرواية الأولى أن الرضاع، وإن كان مما ينفرد به النساء، فتتعلق به أحكام شرعية، ولا يكاد يخفى أمره غالبًا، بل يفشو، فإذا عرا من الظهور والانتصار، ضعفت الشهادة. ووجه الرواية الثانية اعتبارًا بسائر الشهادات.

قال: وهذا أصح، وقد ذكر شيوخنا المتقدمون فى ذلك ما يعتمد عليه أيضًا، ففى الموازية عن مالك: أن شهادة المرأتين فى الرضاع بعد عقد النكاح لا تجوز إلا بالسماع الفاشى الذى يأتى من غير وجه، ولا وجهين. وفى المجموعة عن ابن الماجشون مثله. وزاد: ولا يفسخ النكاح منه إلا بالأمر القوى المنتشر.

قال سحنون فى كتاب ابنه: وأما ما كان من ذلك قبل التزويج، وإن ضعف، فحقيق على المرء فيه التوقى والحيطة، فاقتضى ذلك أن ما تقدم من قول مالك وابن الماجشون إنما هو فى فسخ النكاح المنعقد قبل الشهادة.

مسألة: وأما شهادة امرأتين فى الرضاع، فقد تقدم من قول القاضى أبى محمد فيها ما فيه كفاية. وأما شهادة المرأة الواحدة بالرضاع، ففى الموازية عن مالك: لا يعمل بها إلا أن يفشو فى الصغر عند المعارف. وقال أيضًا: لا يقضى بقولها، وأحب إلىَّ أن يصدقه الزوج.

قال محمد: يريد إن كانت عادلة، فإنما يقع الخلاف منه فى فسخ النكاح، وأما التوقى منه، فمتفق عليه. قال محمد: إلا أن يطول مقامه معهما بعلم المرأتين، فلا تجوز شهادتهما، يريد وإن كان معهما الخبر فاشيًا، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإذا قلنا تقبل شهادة النساء بانفرادهن فيما تقدم، فإنه يقبل فيه شهادة امرأتين دون يمين الطالب، هذا قول مالك. وقال عطاء والشعبى: لا يجزئ أقل من أربع، وبه قال الشافعى.

ووجه ذلك أن كل جنس يجوز منه بانفراده، فإنه يجزئ منه الاثنان كالرجال، ولا تجزئ الواحدة خلافًا لليث وأبى حنيفة فى قوله: تقبل شهادة الواحدة فى العورة، وهو ما بين الركبة إلى السرة.

والدليل على ما نقوله أنه لا يجوز فى حق من الحقوق شهادة الرجل الواحد، ولا خلاف أنه أبلغ فى باب الشهادة من المرأة، ولذلك جعل الرجل فى مقابلة امرأتين، ثم ثبت وتقرر أنه لا يحكم بشهادة رجل واحد، دون أن يقارنه شىء، فبأن لا يحكم بشهادة امرأة واحدة أولى وأحرى.

فصل: وأما قوله: «**لشهادة امرأتين على الولادة والاستهلال، تثبت الميراث، وتملك بذلك الأموال العظام من العين والرباع وغيرها، ولا يحكم بشهادتهما فى درهم**» فلما ذكرناه من أن شهادتهما تجوز فى المواضع المذكورة التى لا يطلع عليها الرجال، فيحكم بذلك لما ذكرناه، ويؤول ذلك إلى الحكم بأموال عظيمة جسيمة على وجه المآل، لا على وجه المباشرة، فلو باشرت شهادتهن درهمًا واحدًا، لم يحكم بشهادتهما فى درهم؛ لأن العدد الكثير منهن حيث يجوز الرجال، إنما هى بمنزلة الرجل الواحد، فكذلك لا تجوز شهادتهن فى العتق، وتجوز فيما يفضى إلى العتق ويؤول إليه، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِك: وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَقُولُ: لا يكُون الْيَمِينُ مَعَ الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ وَيَحْتَجُّ بِقَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَقَوْلُهُ الْحَقُّ: ﴿**وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ**

يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة ٢٨٢] يَقُولُ: فَإِنْ لَمْ يَأْتِ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، فَلا شَيْءَ لَهُ، وَلا يُحَلَّفُ مَعَ شَاهِدِهِ.

قَالَ مَالِك: فَمِنَ الْحُجَّةِ عَلَى مَنْ قَالَ: ذَلِكَ الْقَوْلَ أَنْ يُقَالَ لَهُ: أَرَأَيْتَ لَوْ أَنَّ رَجُلا ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ مَالا أَلَيْسَ يَحْلِفُ الْمَطْلُوبُ مَا ذَلِكَ الْحَقُّ عَلَيْهِ، فَإِنْ حَلَفَ بَطَلَ ذَلِكَ عَنْهُ، وَإِنْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ، حُلِّفَ صَاحِبُ الْحَقِّ إِنَّ حَقَّهُ لَحَقٌّ، وَثَبَتَ حَقُّهُ عَلَى صَاحِبِهِ، فَهَذَا مَا لا اخْتِلافَ فِيهِ عِنْدَ أَحَدٍ مِنَ النَّاسِ، وَلا بِبَلَدٍ مِنَ الْبُلْدَانِ، فَبِأَيِّ شَيْءٍ أَخَذَ هَذَا أَوْ فِي أَيِّ مَوْضِعٍ مِنْ كِتَابِ اللَّهِ وَجَدَهُ، فَإِنْ أَقَرَّ بِهَذَا، فَلْيُقْرِرْ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، وَأَنَّهُ لَيَكْفِي مِنْ ذَلِكَ مَا مَضَى مِنَ السُّنَّةِ، وَلَكِنِ الْمَرْءُ قَدْ يُحِبُّ أَنْ يَعْرِفَ وَجْهَ الصَّوَابِ وَمَوْقِعَ الْحُجَّةِ، فَفِي هَذَا بَيَانُ مَا أَشْكَلَ مِنْ ذَلِكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح: قوله: «**إن احتج محتج على من يجيز اليمين مع الشاهد بأن الله تعالى يقول: ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾** [**البقرة: ٢٨٢**]، **قال: وهذا يقتضى إن عدم الرجلان، لا يجزئ إلا رجل وامرأتان**» والزيادة فى النص عندهم نسخ، ولا يجوز نسخ القرآن بالقياس، ولا بأخبار الآحاد.

والجواب ما أجاب به أن من ادعى على رجل مالاً، فإن المطلوب، يحلف ما ذلك الحق عليه، وهذا مما لا خلاف فيه بين الأئمة، وليس هذا فى كتاب الله.

ويلزم أبا حنيفة على قوله هذا أن لا يثبت حكم بحديث صحيح، ولا قياس، ولا يثبت إلا بما يجوز فيه النسخ للقرآن؛ لأن هذا كله زيادة فى نص القرآن، وإن لم يكن هذا زيادة فى نص القرآن، لأنه ينافى فى النص، فكذلك ما ذكرناه، فإنه لا ينافى النص، فإنه لو قال: فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان، أو فرجل ويمين الطالب؛ لصح ذلك.

وقال كثير من أصحابنا: إن الزيادة فى نص ليست بنسخ؛ لأن النسخ إزالة الحكم الثابت بشرع متأخر عنه على وجه لولاه لكان ثابتًا، والزيادة فى النص لا تزيل حكم المزيد عليه، بل تبينه وتضيف إليه شيئًا آخر، ولذلك إذا فرضت الصلاة، ثم فرض الصيام، لم يكن فرض الصيام نسخًا، لفرض الصلاة.

وقال القاضى أبو بكر: إن الزيادة فى النص إذا غيرت حكم المزيد عليه، فهو نسخ، وإذا لم تغيره، فليس بنسخ، ومعنى تغييره له أن يؤمر بالصلاة ركعتين، ثم يؤمر بها أربع ركعات، فهذا نسخ؛ لأن الركعتين ليستا بشرعية بعد الأمر بالأربع، ولو افتتح الصلاة على ركعتين، وأتمها على حسب ما كان يصليها قبل ذلك، وسلم منها، ثم أراد أن يضيف إليها ركعتين أخريين، يتم بهما ظهره أو عصره، لم يجز ذلك، فهذا نسخ.

وأما الذى لا يغير حكم المزيد، فمثل أن يأمر بالحد أربعين، ثم يؤمر به ثمانين، فهذه الزيادة لا تغير حكم المزيد، ولو ابتدأ ضربه على أربعين، وأتمها على حسب ما كان يأتى بها قبل الأمر بالثمانين، ثم أراد أن يتم عليه الثمانين، كان له ذلك.

وفى مسألتنا هذه الزيادة التى يزعمها بالحكم بالشاهد واليمين، لم تغير حكم المزيد عليه، بل يقبل شهادة الشاهدين وشهادة الرجل والمرأتين على حسب ما كان يقبل ذلك قبل الأمر بالحكم بالشاهد واليمين.

فصل: وقوله بعد ذلك: «**فإن نكل المدعى عليه حلف صاحب الحق**» ليس مما لا اختلاف فيه، فإن أبا حنيفة وأكثر الكوفيين لا يرون رد اليمين على المدعى بنكول المدعى عليه، ولا يثبت عندهم فى جنبة مدعى المال، فيحتمل أن يريد بقوله: أنه مما لا خلاف فيه، فى بلد من بالبلدان، ولا بين أحد من الناس إيجاب اليمين على المنكر دون رد اليمين على المدعى بنكول المنكر، لما قدمناه من خلاف أهل الكوفة، وسيأتى ذكره بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

فصل: وقوله: «**وإنه ليكفى فى هذا ما مضى من السنة**» لعله يريد الحديث الذى أورده؛ لأن أهل الكوفة وسائر الناس كانوا فى ذلك الزمن يقولون بالمراسيل.

وقوله: «**ولكن المرء يجب أن يعرف وجه الصواب وموقع الحجة**» يريد أن يعرف وجه الصواب من جهة المعنى والقياس، وقطع اعتراض المعترض عليه بتأويل أو غيره؛ لأن ذلك أقوى لغلبة الظن وأبين لوجه تعلق ذلك الحكم بما يتعلق به وما هو مثله، والله أعلم.

* * *

القضاء فيمن هلك وله دين وعليه دين له فيه شاهد واحد

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِك فِى الرَّجُلِ يَهْلِكُ، وَلَهُ دَيْنٌ، عَلَيْهِ شَاهِدٌ وَاحِدٌ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ لِلنَّاسِ لَهُمْ فِيهِ شَاهِدٌ وَاحِدٌ، فَيَأْبَى وَرَثَتُهُ أَنْ يَحْلِفُوا عَلَى حُقُوقِهِمْ مَعَ شَاهِدِهِمْ، قَالَ: فَإِنَّ الْغُرَمَاءَ يَحْلِفُونَ وَيَأْخُذُونَ حُقُوقَهُمْ، فَإِنْ فَضَلَ فَضْلٌ لَمْ يَكُنْ لِلْوَرَثَةِ مِنْهُ شَىْءٌ، وَذَلِكَ أَنَّ الأَيْمَانَ عُرِضَتْ عَلَيْهِمْ قَبْلُ، فَتَرَكُوهَا إلا أَنْ يَقُولُوا لَمْ نَعْلَمْ لِصَاحِبِنَا فَضْلا، وَيُعْلَمُ أَنَّهُمْ إِنَّمَا تَرَكُوا الأَيْمَانَ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ، فَإِنِّى أَرَى أَنْ يَحْلِفُوا وَيَأْخُذُوا مَا بَقِىَ بَعْدَ دَيْنِهِ[1].

الشرح: وهذا على ما قال أن المتوفى إذا كان عليه ديون، وله دين، فشهد له شاهد أن للورثة أن يحلفوا مع الشاهد، ويبدأ الغرماء؛ لأن الدين مقدم على الميراث، فإن فضل شيء كان لهم بالميراث، فإن نكل الورثة حلف الغرماء، وهذا الظاهر من المذهب أو الورثة يبدأون باليمين على الإطلاق، وبهذا قال مالك وأكثر أصحابه.

قال سحنون: إنما للورثة أن يحلفوا أولا فى مسألة الأصل؛ لأن الغرماء لو نكلوا عن اليمين أنهم لم يقبضوا دينهم كان للورثة اليمين مع الشاهد أولاً إذا لم يقم الغرماء، فإن قاموا وثبتت حقوقهم، وطلبوا أن يحلفوا فهم المبدؤون بها؛ لأنهم أولى بتركته.

وجه القول الأول أن الورثة أولى بالتركة بدليل أن للورثة أن يدفعوا إلى الغرماء من أموالهم، ويختصون بالتركة دون الغرماء، ولو كان الميت حيا لما كان للغرماء أن يحلفوا، فكذلك مع ورثته؛ لأنهم يقومون مقامه ما أرادوا التركة.

ووجه القول الثانى قوله تعالى: ﴿**من بعد وصية يوصى بها أو دين**﴾ [النساء: ١١]، فلما كان أصحاب الدين مبدئين قبل الورثة فى الأخذ، فكذلك فى الأيمان إذا حكم لهم بصحة دينهم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فالاختلاف بين مالك وسحنون فى تبدئة الغرماء والورثة بالأيمان على الوجه الذى تقدم. وقال محمد: والمعروف من قول مالك أن الورثة مبدؤون بالأيمان إن كان فى المال فضل، فإن لم يكن فيه فضل، حلف الغرماء، فإن نكلوا حلف الغريم وبرئ.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٢/٦٦.

والذى روى ابن وهب عن مالك خلاف هذا وخلاف قول سحنون وهو أشبه بما فى الموطأ، فإنه روى عنه: إذا قام للغرماء شاهد للميت بدين، أن الورثة يحلفون معه، فإن نكلوا حلف غرماؤه، واستحقوا قدر دينهم، فإن فضل شىء لم يأخذه الورثة إلا بيمين.

فدل قوله: أن الغرماء إذا قاموا بالشاهد، أنهم إنما قاموا به بعد ثبوت حقوقهم واستحلافهم أنهم قبضوا دينهم، ولولا ذلك لما كان لهم القيام بالشاهد، ومع ذلك فالورثة مبدؤون بالأيمان لما قدمناه، ودل قوله فى آخرالمسألة: فإن فضل شىء، لم يأخذه الورثة إلا بيمين، على أنه لم يفضل شىء، فإن الحكم فيه ما تقدم.

فرع: وإذا امتنع الورثة من اليمين أولاً، فحلف الغرماء، وبقى من الدين الذى حلف عليه الغرماء، فهل للورثة أن يحلفوا ويأخذوه؟ وقد تقدم من رواية ابن وهب أن لهم ذلك على الإطلاق.

وفى المجموعة من قول مالك: ليس للورثة معاودة اليمين لنكولهم عنها أولاً، إلا أن يقولوا: لم نعلم أن فى دين الميت فضلاً عن الديون التى عليه، ونعلم ذلك الآن، فيحلفون ويأخذون الفضل، وهو معنى ما فى الموطأ.

وجه القول الأول أن نكولهم أولاً لم يكن نكولاً عن اليمين وتسليم الحق، وإنما كان امتناعًا من يمين يصير ما استحق بها إلى غيرهم، ولوكان نكولاً له حكم النكول؛ لما انتقلت اليمين إلى الغرماء، وإنما كانت تنتقل إلى المطلوب، وهذه اليمين فى الحقيقة إنما هى يمين ينوب فيها الورثة عن الغرماء، فإذا استوفى الغرماء أيمان الورثة حينئذ يستحقون بها ما يحلفون عليه، فإن نكلوا حينئذ عن اليمين، لم يكن لهم معاودتها.

ووجه القول الثانى أن الورثة إذا حلفوا، فإنما يحلفون على جميع الدين، فإذا نكلوا، فقد بطل حقهم منه كالشركاء فى الميراث من حلف منهم، فإنما يحلف على إثبات جميع الدين، ومن نكل، بطل حقه، وثبتت اليمين فى حصته، فإذا علم الورثة بالفضل، فنكلوا عن اليمين، فقد أبطلوا حقهم منه، وإن لم يعلموا به، ثبت لهم اليمين عند ظهوره.

مسألة: ولو حلف الغرماء وطرأ مال آخر للميت، فلهم الأخذ منه، وليس للغرماء أخذ الدين الذى فيه الشاهد إلا بأيمانهم، قاله أصبغ ومحمد بن عبدالحكم، وزاد: إذا كان الغرماء لم يأخذوا حقوقهم من الدين، حلفوا مع الشاهد فيه، وأراه معنى قول

أصبغ. قال ابن المواز: ليس للغرماء ولا للورثة أخذ الدين إلا بيمين الورثة، ولا يغنى يمين الغرماء التى حلفوا.

وجه القول الأول أنه لما حلف الغرماء، كان لهم أخذ دينهم بما حلفوا عليه، فأما إذا أخذوا من غيره، وتركوا ذلك الدين، فقد صار حقًا للورثة، فلا يصح يمين الغرماء فيه، فلابد أن يقرن بالشاهد يمين الورثة الذين ينتقل إليهم الدين بالميراث.

ووجه قول ابن المواز أنه لما ظهر المال للميت أن أيمان الغرماء كانت لغوًا، لا يستحق بها حق؛ لأن دينهم فى الذى لا يحتاج إلى استحقاقه إلى يمين، فكان بمنزلة أن يحلفوا مع ظهورا لمال، ويختاروا والحلف والأخذ من الدين دون المال الظاهر.

وقد قال محمد بن عبدالحكم: لا يحلف هاهنا إلا الورثة، وإنما يحلف الغرماء إذا لم يكن للميت مال ظاهر، يقتضى منه الدين، غير المال الذى يستحق بالشاهد واليمين، ويجوز أن يكون محمد بن عبدالحكم يرى ذلك فى المال المعلوم دون المال الذى لا يعلم به، رواه ابن المواز فى الوجهين.

ويحلف كل واحد من الغرماء على أن الدين الذى شهد به الشاهد جميعه حق ليس على ما ينو به، رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فى المفلس يحلف غرماؤه مع شاهده على دينه.

قال القاضى أبو الوليد: وهذا عندى مثله. ووجه ذلك أن حق كل إنسان منهم شائع فى جميع الدين، فإنما يحلف على إثبات جميعه.

مسألة: ومن نكل منهم، فلا محاصة له مع من حلف، قاله مطرف وابن الماجشون فى مسألة المفلس.

ووجه ذلك أنه بنكوله قد أبطل حقه مما حلف عليه أصحابة، كما لو نكل جميعهم.

فرع: ومن حلف، أخذ جميع حقه من هذا الدين، لا مقدار ما يقع له منه، ولو حلف أصحابه، أو قام به شاهدان، قاله محمد بن عبدالحكم. وفى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: إن نكل يعطى الغرماء كان لمن حلف بقدر حقه، وبعد القول الأول، أن من نكل منهم عن اليمين، فقد بطل حقه من الدين، وكأنه لم يكن له فى هذا المال حق، فلا تأثير لما اذعاه فيه، ولم يتعلق بمال الميت إلا دين من حلف، فوجب أن تكون المحاصة على ذلك.

ووجه رواية عيسى أن الغرماء لم يناكر بعضهم بعضًا، فمن حلف منهم استحق حقه فى مال الميت، ومن نكل، بطل حقه، فلم يرجع ذلك إلى أصحابه، ولذلك لا ترد الأيمان عليهم، وإنما رجع نصيبه إلى من يستحق مال الميت ممن يناكر هذا المدعى، وعليه ترد اليمين، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن رجع أحد من الغرماء بعد نكوله إلى أن يحلف، ويأخذ حصته. قال مطرف، فى مسألة المفلس: ليس له ذلك. وقال ابن الماجشون: له ذلك.

فوجه رواية مطرف أن النكول يبطل حق الناكل، ويمنعه معاودة ما نكل عنه، كما لو نكل صاحب الدين.

ووجه قول ابن الماجشون ما احتج به من أنه يقول: لم أكن تحققت الأمر، فأردت أن أكشف عنه وأبحث، وقد تحققته الآن.

مسألة: وهل يحلف الغرماء مع الشاهد بإبراء الميت من دين يثبت عليه بشاهدين، وقام له شاهد بالإبراء منه؟ روى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية: يحلف الغرماء على إبرائه وينفردون بالتركة. روى ابن حبيب عن أصبغ: لا يحلف الغرماء فى إبراء الميت، وإنما يحلفون فى دين له.

وجه القول الأول أن هذه يمين يصل بها الغريم إلى استيفاء حقه، فوجب أن يستوفى فيها الإبراء وإثبات الدين كيمين من عليه الحق.

ووجه قول أصبغ ما احتج به من أن يمين الغريم على إبراء الميت رجم بالغيب؛ لأنه لا يعلم ذلك. وقال ابن المواز: ليس هذا رجمًا بالغيب، وإنما حلف بخبر مخبر كحلفه على إثبات دين له.

* * *

القضاء فى الدعوى

١٣٨٩ – قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ: عَنْ جَمِيلِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْمُؤَذِّنِ أَنَّهُ كَانَ يَحْضُرُ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ، وَهُوَ يَقْضِى بَيْنَ النَّاسِ، فَإِذَا جَاءَهُ الرَّجُلُ يَدَّعِى عَلَى الرَّجُلِ حَقًّا، نَظَرَ، فَإِنْ كَانَتْ بَيْنَهُمَا مُخَالَطَةٌ أَوْ مُلابَسَةٌ، أَحْلَفَ الَّذِى ادُّعِيَ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ شَىْءٌ مِنْ ذَلِكَ، لَمْ يُحَلِّفْهُ.

١٣٨٩ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٩٧.

قَالَ مَالِك: وَعَلَى ذَلِكَ الأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّهُ مَنِ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ بِدَعْوَى نُظِرَ، فَإِنْ كَانَتْ بَيْنَهُمَا مُخَالَطَةٌ أَوْ مُلابَسَةٌ أُحْلِفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَإِنْ حَلَفَ، بَطَلَ ذَلِكَ الْحَقُّ عَنْهُ، وَإِنْ أَبَى أَنْ يَحْلِفَ وَرَدَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعِي، فَحَلَفَ طَالِبُ الْحَقِّ، أَخَذَ حَقَّهُ.

الشرح: قوله: «**في الذى يدعى على رجل حقًا إن كانت بينهما مخالطة أو ملابسة، أحلف المدعى عليه، وإن لم يكن شيء من ذلك، لم يحلفه**» هذا قول عمر بن عبد العزيز والفقهاء السبعة بالمدينة، وبه قال مالك. وقال أبو حنيفة والشافعي: يستحلف المدّعى عليه من غير إثبات خلطة.

والدليل على ما نقوله أن مجرد الدعوى لا يوجب حكمًا إلا لوجه ضرورة، واستحلاف المدّعى عليه مضرة تلحقه، فلا يجوز أن يؤدى باليمين بمجرد الدعوى عليه إلا أن يكون ضرورة بأن يكون من الأمور التى تقع عليه كثيرًا من غير مخالطة، ولذلك تأثير فى الشرع، وبذلك تقبل شهادة الصبيان فى القتال لما كان يتعذر إثبات ذلك بشهادة العدول، والله أعلم وأحكم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، ففى ذلك أبواب ثلاثة، الأول: فى الدعاوى التى يعتبر فيها الخلطة وتمييزها من غيرها. والثانى: فى تفسير معنى الخلطة وتمييزها من غيرها. والثالث: فيما تثبت به الخلطة.

الباب الأول: فى تفسير ما تعتبر فيه الخلطة

ما تعتبر فيه الخلطة هو المداينة، وادّعاء دين من معاوضة. وفى كتاب ابن المواز: وكذلك إن ادّعى عليه كفالة بحق، فلا يلزمه، ويلحقه إن لم يكن بينهما خلطة.

وجه ذلك أن الكفالة نوع من المعاوضة، مبنى على المشاحة بين الكفيل ومن تكفل له، فأشبه البيع.

مسألة: وإن أوصى أن لى عند فلان كذا، حلف المدعى من غير إثبات خلطة، رواه فى العتبية أشهب وابن نافع عن مالك، وقاله ابن كنانة، وقال: إن الميت عند موته أقرب ما يكون إلى الصدق، فيوجب من ذلك ما توجيه المخالطة، وما قاله له وجه؛ لأن لقول المدّعى عند موته تأثيرًا فى تحقيق الدعاوى الموجبة للأيمان بناء على قول مالك فى قول المدى دمى عند فلان.

مسألة: ومن ادّعى ثوبًا بيد إنسان أنه له، فاليمين على المدعى عليه؛ لأنه ليس كل

من له ثوب أو عرض يمكنه إثباته بالبينة، ولو احتيج إلى ذلك لتعذر حفظ الشهود له، وضبطهم لذلك مع كثرته، ولزمهم من مراعاته ما يشق، فيؤدى ذلك إلى إبطال الحقوق، فلذلك يثبت فى مثله اليمين بغير خلطة.

مسألة: والصناع يتعين عليهم اليمين لمن ادّعى عليهم فى صناعتهم دون إثبات خلطة، قاله يحيى ين عمر. وقال: لأنهم نصبوا أنفسهم للناس، وهذا يلزم عليه تجار السوق، فأنهم نصبوا أنفسهم للشراء من الناس والبيع منهم غير أن الفرق بينهم أن الصناع نصبوا أنفسهم لما يوجب عليهم المطالبة بالعمل، والمعمول خاصة دون أن يكون لهم على أحد مطالبة بمثل ذلك.

مسألة: والعبد المأذون فى التجارة يبيع متاعًا، فيقتضى الثمن هو وسيده، فيدّعى المتبايعون قضاء السيد بعض الثمن، قال ابن عبدوس وابن سحنون عن مالك: عليه اليمين إن أنكر. ووجه ذلك أن اليمين التى تعتبر فيها المخالطة إنما هى ما حققت دعوى تناولت معاوضة؛ لأن المدعى عليه منكر لسببها.

وأما من ادّعى عليه قضاء دينه، فلا اعتبار فيها بالخلطة؛ لأنه مقر بها بالثمن قد أوجب على نفسه اليمين، وكان ذلك بمعنى، ومن أوصى أن لفلان عليه دينًا، فطلب الورثة يمين المقر له، أن حقه لحق.

قال ابن كنانة: لا يأخذها حتى يحلف، وقد قضى عليه عندنا فى مثل هذا مرة باليمين، ومرة بلا يمين. ومعنى قوله: إن حقه لحق، يريد لباق، لم يقبضه وأما أن يحلف على تحقيق ما أوصى به الميت، فلا معنى لذلك.

وجه إثبات اليمين لجواز أن يقبضه بعد الإقرار. ووجه نفى اليمين أن الموصى قد صدقه فى حياته، ومات على تصديقه، ولم يقضه أحد بعد موته؛ لأن القضاء إنما يكون من فعل الوارث، وهو يعلم أنه لم يقبضه، فلا معنى لاستحلافه.

مسألة: وإنما تجب اليمين فى الدعاوى مع تحقيقها، وتحقيق الإنكار، ولو قال رجل لرجل: أنا أحلف أن لى عليك كذا، لم يلزمه يمين، حتى يحقق يمينه، من كتاب ابن المواز.

مسألة: فإذا لم تكن خلطة، وكان المدعى عليه متهمًا، فهل يجب اليمين عليه بمجرد الدعوى؟ فقال قال سحنون: يستحلف. والمشهور من المذهب المنع من ذلك.

واحتج سحنون على قوله هذا بأن للتهمة تـأثيرًا فـى الأحكـام؛ لأن مالكًـا قـال فـى المرأة تدعى أن رجلاً ممن يشار إليه بالخير، استكرهها، أنهـا تحـد، وإن كـان يشـار إليـه بذلك، نظر الإمام فيه، فالتهمة توجب ما توجبه الخلطة من اليمين.

ووجه القول الثانى أن حكم العدل والفـاجر فـى الأيمـان التـى تحقـق فيهـا الدعـاوى سواء، وإنما يختلف فى يمين التهمة، والله أعلم.

الباب الثانى: فى تفسير معنى الخلطة وتمييزها من غيرها

إذا ثبت اعتبار الخلطة، فالخلطة المعتبرة، روى أصبغ عن ابن القاسم فى العتبية، قـال: هـى أن يسـالفه مبايعـة، ويشـترى منـه مـرارًا، وإن تقابضـا فـى ذلـك السـلعة والثمـن، وتفاصلاً قبل التفرق، وقاله أصبغ. وقال سـحنون: لا تكـون الخلطـة إلا بـالبيع والشـراء من الرجلين، يريد المتداعيين.

وجه القول الأول أن المسالفة، واتصالهـا مـن المتداعيـين، تقتضـى التعـامل، ويشـهد للبائع أنه إذا كان يسلف كل واحد منهما صاحبه، جـاز أن يبايعـه، وربمـا كـانت هـذه الدعوى من جهة السلف، فيثبت بينهما بذلك ما يوجب اليمين.

وجه قول سحنون أن الخلطة إنما تعتبر فى ديـون المبايعـة، فيجـب أن يكـون الاعتبـار بها.

مسألة: ولا تثبت بين أهل السوق مخالطة بكـون المتداعيـين مـن أهـل السـوق، حتـى يثبت التبايع بينهما، قاله المغيرة وسحنون. قال سـحنون: وكذلـك القـوم يجتمعـون فـى المسجد للصلاة والأنس والحديث، فإنه لا يثبت بينهما بذلك خلطة.

ووجه ذلك ما قدمناه من أن التداعى من جهة البيع، فيجب أن تثبـت بينهمـا خلطـة بسبب البيع.

مسألة: وإذا كانت الخلطة بتاريخ قديم، وانقطعت، بقى حكم المخالطة بينهما، قالـه أصبـغ وسـحنون. وقـال ابـن المـواز: إن قـال المدعـى عليـه: قـد كـانت بيننـا خلطـة، وانقطعت، فإن ثبت انقطاعها، لم يحلف إلا بخلطة ثانية مجددة، تثبـت ببينـة، وإن قضـى له عليه اليوم بمائة دينار، أقام فيها ببينة، ثم جاء من الغد يدعى عليه حقًا آخر، فـلا يمـين له عليه بسبب تلك الخلطة، لانقطاعها حتى يقيم بينة على خلطة لم ينقطع أمرها.

وإلى نحو هذا ذهب ابن حبيب، وقال: إن من قبض حقه من مخالطة قديمـة ببينـة، ثـم

ادّعى حقًا غيره ولا يعرف له سبب، فلا يحقه بالخلطة الأولى. فقول أصبغ وسحنون يقتضى أن معرفة الخلطة بينهما توجب اليمين فى دعاويهما دون أن يعرف سبب تلك الدعاوى، وإن عرف انقطاع الدعاوى.

وقول ابن المواز وابن حبيب، يقتضى أن كل معاملة تجرى بينهما يلزم معرفتها، ومعرفة التعامل بينهما من وقتها، وإلا لم تلزم اليمين.

الباب الثالث فيما تثبت به الخلطة

أما ما تثبت به الخلطة، فإقرار المدعى عليه بها، والبينة تشهد بها، قاله ابن المواز: وأما من أقام شاهدًا واحدًا بالخلطة، ففى المجموعة عن ابن كنانة: أن شهادة رجل واحد وامرأة واحدة، توجب اليمين، أنه خلطة.

وروى عيسى عن ابن القاسم فى المدنية مثل قول ابن كنانة فى الشاهد. وقال ابن المواز: إذا أقام بالخلطة شاهدًا واحدًا، حلف المدعى معه، وتثبت الخلطة، ثم يحلف حينئذ المدعى عليه. واحتج ابن كنانة بقوله: إنما هو أمر لا يجب به عليه غير اليمين، فتثبت بسبب أو بشىء يريد مما تقوى به دعوى المدعى، والله أعلم وأحكم.

ووجه قول ابن المواز أنه معنى يثبت، فلا يثبت إلا بما يثبت به الحقوق، ولما اختص بالمال، ثبت بما ثبت به المال من الشاهد واليمين.

مسألة: ومن أثبت حقه ببينة، فدفعها المطلوب بعداوة، فقد روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك فى العتبية: هو كمن لم يشهد له. وقال سحنون مثله. قال ابو بكر بن محمد: وقد قيل يحلف.

وجه القول الأول أن البينة المردودة؛ لما لم تؤثر فيما شهدت به من الحق، فبأن لا تؤثر فى غير ذلك مما لم يشهد به من الخلطة أولى.

ووجه القول الثانى أن هذه البينة، وإن كانت قد ردّت بعد القبول، فإن حكمها حكم الإرث فى إيجاب اليمين والشاهد فى الدماء.

فصل: وقوله: **«وكان عمر بن عبد العزيز يقضى بين الناس، فإذا جاءه الرجل يدعى على الرجل حقًا»** يقتضى أن الدعاوى إنما تكون على الحاكم، وقد كان عمر بن عبد العزيز أميرًا على المدينة، ثم كان خليفة، ويحتمل أنه كان يقضى فى الحالتين أو فى إحداهما، فأما الخليفة، فلا خلاف فى جواز حكمه. وقد حكم أبو بكر وعمر وعثمان وعلى، وإنما استقضى القضاء حين اتسع الأمر وشغل الخلفاء.

مسألة: وأما أمير غير مؤمر، يريد أنه غالب مالك للأمر، فقد قال ابن الماجشون ومطرف وأصبغ فى الواضحة: هو كالخليفة ينفذ حكمه إلا فى جور أو خطأ بين، يريد فلا يجوز حكمه.

قال: وإن كان مؤمرًا، يريد ولاه غيره، يفوض إليه حكومة، فلا يجوز حكمه، ولا أن يستقضى غيره، وإن فعل، لم ينفذ حتى يفوض إليه نصًا، فيكون له حينئذ أن يستقضى قاضيًا، ولا يجوز حكمه وحكم قاضيه.

وقال ابن القاسم فى المجموعة: إذا كان مثل والى الإسكندرية، أو والى الفسطاط أمير الصلاة، فإن قضاءه ماض، وقضاء قاضيه إلا فى جور بين، ونحوه روى عن سحنون، وزاد: فإذا لم يكن الأمير عدلاً، لم يجز قضاؤه.

وجه قول ابن الماجشون أن الولاية إذا كانت بغلبة وملكة للأمر، فهى عامة، وإذا ولاه غيره، فهى مقصورة على ما ولاه إياه دون غير ذلك، فإذا لم يول على القضاء والأحكام، وتقديم الصلاة، لم يكن له.

ووجه قول ابن القاسم أن ولاية الإمارة عامة، فتشتمل على معنى القضاء، وإن لم ينص عليه.

مسألة: وإذا قضى صاحب السوق فى الأموال والأرضين وللناس قاض، او مات قاضيهم، فقدْ قال سحنون فى كتاب ابنه والمجموعة: إن جعل إليه ذلك الأمير الذى يولى القضاء كأمير مصر وأفريقية والأندلس، جاز قضاؤه، إذا كان عدلاً فقيهًا، وإن لم يجعل ذلك إليه، لم يجز قضاؤه إلا فيما أذن له فيه.

مسألة: ووالى المياه إذا جعل إليه الأمير القضاء، وكان عدلاً، وحكم بصواب، جاز حكمه، وإن لم يكن عدلاً، لم يجز قضاؤه، قاله سحنون فى كتاب ابنه وكتاب ابن عبدوس.

ووجه ذلك أن العدالة شرط فى صحة الحكم، فإذا قدم للقضاء والى المياه أو غيره، ووجدنا فيه شرط القضاء من العدالة وغيرها، صحت أحكامه، وإن عدمت لم يصح ذلك منه، وبالله التوفيق.

مسألة: ولو حكّم رجلان بينهما رجلاً، فقضى بينهما فقضاؤه جائز، قاله مالك فى المجموعة، قال ابن القاسم: وإن قضى بما يختلف فيه، ويرى القاضى خلافه، فحكمه ماض إلا فى جور بين، وقاله سحنون فى كتاب ابنه.

ووجه ذلك أنهما قدماه للحكم بينهما بما يراه، والتزما ذلك، فلا يلزمهما ذلك إلا بموافقتهما عليه، وموافقته هو لهما فى ذلك.

فرع: ومتى يلزمهما ذلك؟ قال ابن القاسم فى المجموعة: إذا حكماه وأقاما البينة عنده، ثم بدا لأحدهما قبل أن يحكم، قال: أرى أن يقضى بينهما، ويجوز حكمه. ونحوه فى كتاب ابن حبيب لمطرف وأصبغ. قال مطرف: له النزوع قبل نظر الحاكم بينهما فى شىء، فأما بعد أن ينشبا فى الخصومة عنده، ونظره فى شىء من أمرهما، فلا نزوع لواحد منهما، ويلزمهما التمادى.

قال أصبغ: كما ليس له إذا تواضعا الخصومة عند القاضى أو يوكل وكيلاً أو يعزل وكيلاً له.

وقال ابن الماجشون: ليس لأحدهما أن يبدو له، كان ذلك قبل أن يفاتحه صاحبه أو بعد ما ناشبه الخصومة وحكمه لازم لهما كحكم السلطان لمن أحب منهما أو كره نظر لصاحبه، كما ينظر السلطان فى حق الغائب.

وقال سحنون فى المجموعة وكتاب ابنه: لكل واحد منهما أن يرجع فى ذلك، ما لم يمض الحكم فيه، فإذا أمضاه بينهما، فليس لأحدهما أن يرجع فيه.

ووجه القول الأول أنه لا يلزم بالتحكيم، وهو قول ابن القاسم ومن تابعه، أنه عنده من باب الوكالة لوجهين، أحدهما: أنه حاكم خاص، والولاية عامة. والثانى: أن حكمه إنما يكون بإذن من يحكم له أو عليه، وهذا معنى الوكالة.

وأما الولاية، فإنه لا يعتبر فى ذلك تحكيم المتخاصمين، وهى عند ابن الماجشون من باب الولاية لاختصاصها بالحكم على المتخاصمين بخلاف ما يرضون به، والوكالة لا تكون بحضرة الموكل إلا بما يرضاه.

وجه قول ابن القاسم أنه يلزم بشروعه فى النظر بينهما، ولا يلزم بالقول ما احتج به أصبغ منهما من أنها الوكالة، لا يصح للموكل أن يعزل وكيله بعد ما شرع فى الخصومة عند القاضى، وله ذلك قبل أن يشرع فيها.

ووجه قول ابن الماجشون أنه يلزم بالتحكيم ورضاه به، لأنه يحكم بين آدميين، فلزم بالقول كالتحكيم بين الزوجين.

ووجه قول سحنون أن الخصومة عند القاضى يتعلق بها حق التنفيذ للقاضى؛ لأن

ذلك لازم له، وهذا الوكيل لا يشرع عند غيره، فهو بمنزلة الوكيل على النظر للموكل له أن يعزله متى شاء عما يستقبل من عمله دون القاضى، والله أعلم.

مسألة: ولو حكّم المتخاصمان رجلين فحكم أحدهما، ولم يحكم الآخر، فإن ذلك لا يجوز له، قاله سحنون فى كتاب ابنه، ولو حكم فاتفقوا على حكم نفذوه، وقضوا به، جاز، قاله ابن كنانة فى المجموعة.

ووجه ذلك أنهما إذا رضيا بحكم رجلين أو رجال، فلا يلزمهما ما حكم بعضهم دون بعض كما لو وكل رجل رجلين يشتريان له ثوبًا أو يطلقان امرأته، ففعل ذلك أحداهما، لم يلزمه، وإذا اتفقا على ذلك، فقد وجد الحكم من جميع من تراضيا بحكمه كما لو كان واحد، فانفرد حكمه على الصواب، وهذا كما نقوله فى الحكمين بين الزوجين، وفى جزاء الصيد أنه يجوز من اثنين.

ولا يجوز أن يولى رجلين القضاء على أن يحكما جميعًا فى حكومة واحدة يشهد بها الشهود عند كل واحد منهما، ولا ينفذانها إلا باتفاق منهما، ولا أن يتفق قاضيان على أن ينظرا فى قضية واحدة لا ينفذ إلا بإنفاذهما، ولا خلاف فى ذلك بين المسلمين.

ويكفى فى ذلك ما اتصل به العمل منذ بعث الله محمدًا ﷺ إلى يومنا هذا فى جميع الأعصار والبلاد، لم يعلم أنه جرى شىء من ذلك إلى أن ظهرت هذه البدعة بأندة من كور الأندلس، فتولى التقديم فيها للقضاء رجل مسرف على نفسه مع فرط جهله، فقدم ثلاثة لا ينفذ أحدهما فيها قضية إلا باتفاق منهم.

ولقد بلغنى أن الشهود كانوا يشهدون عند الأول، فيكتب على شهادة الشاهد شهد، ثم يشهد ذلك الشاهد عند الثانى، فيكتب على شهادته عندنا، ثم يشهد عند الثالث، فيكتب على شهادته، فيحصل بما كتبوه شهد عندنا.

فأما أحدهم، فنزع عن ذلك، ولا أراه إلا بلغه إنكارى للأمر. وأما الآخران، فأصرا، وتماديا على ضلالتهما، وسوغ لهم حكام الجزيزة وفقهاؤهم ذلك، لقلة مراعاتهم لهذا المعنى.

والفرق بين القاضى المولى للقضاء وبين الرجلين يحكمانهما الخصمان بينهما، أن القضاء ولاية كالإمارة والإمامة، فلا يصح من اثنين، ويكفى فى ذلك ما قام به الأنصار يوم السقيفة، وقالوا للمهاجرين: منا أمير ومنكم أمير، فقال عمر: لسيفان فى غمد لا يصطلحان أبدًا. ورجع الناس إلى قول أبى بكر وعمر والمهاجرين وأجمعوا عليه.

ووجه ثان، أن إمامة الخلافة تشتمل على معنيين، على الصلاة والأحكام، وهى أصل التقدي مفيهما ، فكما لا يجوز أن يتقدم رجلان يصليان بالناس صلاة واحدة، كذلك لا يجوز أن يقدم للناس حاكمان، يحكمان جميعًا فى كل حكم.

ووجه ثالث، وهو أن الإمام إنما قدم للأحكام من يرضى دينه وأمانته وعلمه، ومن يحكم بين الناس بما يؤديه إليه اجتهاده، وهذا ينافى مقارنة آخر له لا يحوز حكمه إلا بموافقته عليه، لأن هذه صفة من يخاف عليه الضلال لكثرته منه وتقصيره عن القيام بالحق، قال الله تعالى: **﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى﴾** [البقرة: ٢٨٢].

ولا خلاف أن حكم الواحد هو المشهور المعلوم الظاهر الذى لا يعرف غيره، ولم ينقل عن أحد من الأمة سواه، كما أن كل واحد من الشاهدين يقوم مقام شاهد كامل العدالة، فإذا تعذر ذلك لكثرة حاجة الناس إلى الشهادات، وأنه لم يول أحد هذا، فيعول فيه عليه، فالمرأتان لنقصان دينهما يقومان مقام الرجل الواحد، ولا يقام رجلان من الشهداء مقام رجل، فكذلك لا يصح أن يقام حاكمان مقام حاكم واحد.

ولو جاز ذلك لجاز تقديم النساء وتوليتهن الحكومة، فتقوم امرأتان مقام رجل، وهذا باطل باتفاق، ومما يجرى مجرى هذا ما جرى ببلدنا بجهة الرقة، فإنهم قدموا للقضاء ابن عمر، وكان رجلاً أعمى، ولا خلاف بين المسلمين فى ذلك من المنع والتحريم له، وبه قال أبو حنيفة والشافعى.

وبلغنى ذلك عن مالك، وقد أنكرت هذا حين وقوعه. وفيما بقى من مسألة التحكيم بابان، أحدهما: فى صفة من يجوز تحكيمه. والثانى فى تبيين الأحكام التى يجوز التحكيم فيها.

الباب الأول: فى صفة من يجوز تحكيمه

فأما صفة من يحكم، فأن يكون رجلاً، حرًا مسلمًا، بالغا، عاقلاً، عدلاً، رشيدًا. قال سحنون فى المجموعة وكتاب ابنه: ولو حكما مسخوطًا، أو امرأة، أو مكاتبًا، أو عبدًا، أو كافرًا، فحكمه باطل. قال ابن الماجشون فى المجموعة: وكذلك المولى عليه. وقال فى الواضحة: وكذلك الصبى والمسخوط والنصرانى.

قال أشهب: وكذلك الصبى والمعتوه والموسوس، وإن أصابوا الحكم، لم يجز حكمهم، وقاله مطرف فى العبد والمرأة. وقال أشهب فى كتاب ابن سحنون: إن حكما

بينهما امرأة، فحكمهما ماض إذا كان مما يختلف الناس فيه، وكذلك العبد والحر المسخوط.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون إن كان العبد والمرأة بصيرين عارفين مأمونين، فإن تحكيمهما، وحكمهما جائز، إلا فى خطأ بين، وقاله أصبغ وأشهب.

قال ابن حبيب: وبه آخذ، وقد ولى عمر الشفاء، وهى أم سليمان بن أبى حثمة سوق المدينة، ولابد لوالى السوق من الحكم بين الناس، ولو فى صغار الأمور.

وقال أصبغ: إن حكما مسخوطًا، فحكم فأصاب جاز، وكذلك المحدود والصبى إذا كان قد عقل وعرف وعلم، فرب غلام لم يبلغ له علم بالسنة والقضاء.

وأصل هذا كله أن من جعله من باب الوكالة، لم يراع فيه شيئًا من ذلك إذا لم يكن ذاهب العقل، ومن جعله من باب الولاية فى حكم خاص لم يجز فيه إلا من قدمنا وصفه قبل هذا ممن اجتمعت فيه صفات الحكم.

الباب الثانى: فى تبيين الأحكام التى يجوز التحكيم فيها

وإنما يصح حكمه بين الخصمين يحكمانه فى الأموال، وما جرى مجراها، ولا يجوز له أن يقيم حدًا ولا يلاعن، قاله سحنون. وقال أصبغ: لا يقضى بينهما فى قصاص، ولا حد قذف، ولا عتق، ولا طلاق، ولا نسب، ولا ولاء، لأن هذه أشياء لا يقطعها إلا الإمام. قال أصبغ: فإن حكماه، فحكم فيما ذكرنا أنه لا يحكم فيه، نفذ حكمه، وينهاه السلطان عن العودة.

ووجه ذلك أن هذه أمور لها قدر، فيحتاط لها بأن لا يحكم فيها إلا من قام بالولاية العامة؛ لأن ذلك لا يكون إلا بعد معرفة الإمام بأحواله التى يقتضى ذلك له، أو يؤمن فى الأغلب امره، أو من الإمام أو الحاكم لمعنى يختص به فى ضرورة داعية إليه، والله أعلم.

* * *

القضاء فى شهادة الصبيان

١٣٩٠ - قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِك: عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ الزُّبَيْرِ كَانَ يَقْضِي بِشَهَادَةِ الصِّبْيَانِ فِيمَا بَيْنَهُمْ مِنَ الْجِرَاحِ.

١٣٩٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٩٨.

قَالَ مَالِك: الأمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ شَهَادَةَ الصِّبْيَانِ تَجُوزُ فِيمَا بَيْنَهُمْ مِنَ الْجِرَاحِ، وَلا تَجُوزُ عَلَى غَيْرِهِمْ، وَإِنَّمَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُمْ فِيمَا بَيْنَهُمْ مِنَ الْجِرَاحِ وَحْدَهَا لا تَجُوزُ فِي غَيْرِ ذَلِكَ، إِذَا كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقُوا أَوْ يُخَبَّبُوا أَوْ يُعَلَّمُوا، فَإِنِ افْتَرَقُوا، فَلا شَهَادَةَ لَهُمْ إِلا أَنْ يَكُونُوا قَدْ أَشْهَدُوا الْعُدُولَ عَلَى شَهَادَتِهِمْ قَبْلَ أَنْ يَفْتَرِقُوا.

الشرح: قوله: «**أن عبدالله بن الزبير كان يقضى بشهادة الصبيان، فيما بينهم من الجراح**» وهو قول أهل المدينة، وبه قال على بن أبى طالب ومعاوية، ومن التابعين سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وعمر بن عبدالعزيز، ومنع من ذلك أبو حنيفة والثورى والشافعى، وروى ذلك عن ابن عباس.

وقال مالك: معناه عندنا فى شهادتهم على الكبار. وروى وكيع عن ابن جريج عن أبى مليكة: ما رأيت القضاة أخذت إلا بقول ابن الزبير.

والدليل على ما ذهب إليه علىّ ومن تابعه، ما احتج به شيوخنا من أن الدماء يجب الاحتياط لها، والصبيان فى الغالب أحوالهم ينفردون فى ملاعبهم حتى لايكاد أن يخالطهم غيرهم، ويجرى بينهم من اللعب والترامى ما ربما كان سببًا للقتل والجراح، فلو لم يقبل بينهم إلا الكبار وأهل العدل؛ لأدى ذلك إلى هدر دمائهم وجراحهم، فقبلت شهادتهم بينهم على الوجه الذى يقع على الصحة فى غالب الحال، وسنبينه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

فرع: إذا ثبت ذلك، ففى ذلك ثلاثة أبواب، الباب الأول: فى ذكر من تجوز شهادته منهم. والباب الثانى: فى تبيين الحالة التى تجوز عليها شهادتهم. والباب الثالث: فى حكم من تجوز شهادتهم.

الباب الأول: فى ذكر من تجوز شهادته منهم

اتفق أصحاب مالك على أنها تجوز شهادتهم فيما دون القتل من الجراح، واتفقوا على أنها لا تجوز فى الحقوق. قال سحنون: إنما أجزتها فى الجراح، ولم أجزها فى الحقوق للضرورة؛ لأن الحقوق يحضرها الكبار، ولا يحضرون فى جراح الصغار فى الأغلب، ولو حضرها كبير، لم تجز شهادتهم. قيل له: فيلزمك على هذا الغصب أن يغصب بعضًا ثوبًا، قال غيره: قد يقبل فى الدماء ما لا يقبل فى الأموال احتياطًا للدماء.

مسألة: واختلف أصحابنا فى جوازها فى القتل، فروى ابن القاسم عن مالك فى كتاب ابن سحنون: أنها تجوز بينهم فى القتل. ومنع من ذلك أشهب.

وقول مالك أن شهادتهم إنما أجيزت للاحتياط للدماء، ولذلك لم تجز فى الحقوق، والاحتياط للنفوس أعظم من الاحتياط للجراح، فإذا لم تتكرر لكثرة لعبهم، وتراميهم بالحجارة وغيرها، فإنما جوز للضرورة فيما يكثر بينهم مما انفردوا به دون ما يقل ويندر، ولذلك لم يجز فى الحقوق والغصب، فإنه يقل بينهم ويندر حال انفرادهم.

فرع: فإذا جوزت فى القتل، فقد قال غير واحد من أصحاب مالك: لا يجوز فيه حتى يشهد العدول على رؤية البدن مقتولاً.

وجه ذلك أنها شهادة أجيزت للضرورة، فلا تثبت إلا بثبوت أصلها، وما يتعلق فيه شهادة العدول كشهادة النساء على الاستهلال والقتل.

مسألة: ومن ذا الذى تجوز شهادته من الصبيان، روى عن مالك أنها تجوز شهادة الذكور دون الإناث. وقال أشهب: لا تجوز شهادة الإناث. وقال سحنون فى المجموعة: اختلف قول ابن القاسم فى شهادة إناثهم فى الجراح، فلم يجزها فى كتاب الشهادات، وأجازها فى كتاب الديات.

وقال المغيرة فى كتاب ابن سحنون: تجوز شهادة إناثهم وذكورهم فى القتل. وقال ابن الماجشون: تجوز شهادة إناثهم. قال سحنون: والذى آخذ به فى ذلك أنه تجوز شهادتهم صغارًا حيث تجوز كبارًا.

وجه رواية المنع أن الضرورة إنما تدعو إلى ما يكثر ويتكرر دون ما يقل ويندر، وحضور الإناث مع الذكور منهم يقل لاسيما فى المواضع التى يقل منهم مثل هذا، فلذلك لم تدع الضرورة إلى قبول شهادتهن.

ووجه الإجازة أن الصغار تجوز شهادتهم فيما انفردوا بحضوره كالذكور.

فرع: فإذا قلنا تقبل شهادة الإناث، فقد روى معن بن عيسى عن مالك: أنه يقبل منهم غلام وجاريتان، رواه مطرف عن مالك. وقال ابن الماجشون: أقل ما يجزئ من شهادة الصبيان غلامان أو غلام وجاريتان، ولا يجوز غلام وجارية، ولا جوار، وإن كثرن؛ لأنهن وإن كثرن مقام اثنتين، واثنتان مقام غلام، ولا يحكم بشهادة الغلام.

قال ابن القاسم: ولا يكون معه قسامة. وقال المغيرة: ولا يحلف معه فى الجراح،

لأنه لو شهد معه كبير عدل، سقطت شهادته، فيمين الولى معه كشاهد معه.

مسألة: قال مالك: ولا تجوز شهادة العبد منهم. زاد ابن الماجشون. ولا شهادة من على غير الإسلام.

ووجه ذلك أن من لا تجوز شهادة كبارهم لا تجوز شهادة صغارهم كالمجانين والمخبولين، وإن شهد أحرارهم لعبيدهم، جاز، قاله أشهب فى المجموعة.

مسألة: ولا ينظر فى الصبيان إلى عدالة ولا عداوة، قاله ابن المواز وابن الماجشون. قال محمد: ولم يختلف فى أنه لا ينظر إلى عدالة ولا جرحة فيهم. قال سحنون: لأن عداوتهم لا عود لها، ولا نفع فى موضع العداوة، يريد والله أعلم، أنه لا يثبت، وليس لهم من الحال ما يقصدون به إلى أذى من يعاديهم بمثل هذا. قال ابن القاسم فى كتاب ابن المواز: إذا ثبتت العداوة، لم تجز.

ووجه ذلك أن هذه شهادة، فأثر فى إبطالها العداوة كشهادة الكبار.

مسألة: وهل يجوز لذوى القرابة، قال ابن المواز: لا ينظر فى شهادتهم إلى جرحة ولا قرابة. وقال عبدالملك: تسقط فى القرابة. وقال فى المجموعة: يجرى مجرى الكبير فى الأبوين والجدود والزوجة، فترد فى هذا؛ لأنه يج إلى نفسه، وقاله سحنون.

وجه قول ابن المواز أنه لم يعتبر بعداوته ولا عدالته، فيجب أن لا يعتبر بقرابته؛ لأن العداوة تمنع الشهادة بكل وجه، والقرابة لا تمنعها إلا على صفة مخصوصة، فكانت العداوة أبلغ فى رد الشهادة من القرابة، فإذا لم تمنع العداوة شهادة الصبيان، فبأن لا يمنع منها القرابة أولى وأحرى.

ووجه قول عبدالملك اعتبارها بشهادة الكبار.

الباب الثانى: فى تبيين الحالة التى تجوز عليها شهادتهم

هى أن لا يكون بينهم كبير، وتقيد شهادتهم قبل أن يتفرقوا. فأما الكبير، يكون معهم، فإن ذلك يمنع قبول شهادتهم، وإنما تجوز شهادتهم إذا انفردوا، وهو قول مالك وأصحابه.

وجه ذلك أن شهادتهم إنما أجيزت بينهم للضرورة، والضرورة إنما تكون إذا انفردوا، فإذا كان معهم كبير، فقد زالت الضرورة، وصاروا على حالة يمكن إثبات أحكامهم معها، فلم تقبل شهادتهم.

وقد قال أصبغ فى العتبية: ولو شهد صبيان أن صبيًا قتل صبيًا مباغتة، وشهد رجلان أنه لم يقتله، وأنهما حاضران حتى سقط الصبى، فمات دون أن يضربه أحد، أو يقتله، فشهادة الصبيان تامة، ولا ينظر إلى قول الكبيرين كما لو شهد رجلان أنه قتله، وشهد آخران أنه لم يقتله، ولا ينظر إلى الأعدل.

قال ابن سحنون: أنكر سحنون قول أصبغ هذا، وقال: قول أصحابنا: إن شهادة الكبيرين أحق، وأنها كالجرحة للصغار، وغير هذا خطأ غير مشكل.

مسألة: وسواء كان الكبار رجالاً أو نساء؛ لأن النساء يجزن فى الخطأ، وعمد الصبى كالخطأ، قاله كله سحنون.

وقال ابن المواز: إذا كان معهم كبير، رجل أو امرأة، شاهد أو مشهود، له أو عليه، لم تجز شهادة الصغار إلا كبير مقتول، لم يبق حتى يعلمهم، يريد والله أعلم، أن يكون قتله بعصا، لا يبقى له بعد سببه حياة يعلمهم، ويلقنهم الشهادة، مثل أن يلقيه أحد الصبيان من علو عظيم، لا يصح أن يعيش من سقط منه أو يلقيه من علو فى بحر، فيغرق أو يضربه بسيف ضربة يبين بها رأسه أو ما جرى مجرى ذلك.

مسألة: وهل تراعى العدالة فى الكبير الذى يكون معهم، قال مالك: إذا شهد صبيان مع كبير، لم تجز شهادتهم. قال مطرف: إذا كان الكبير عدلاً، فأما إذا كان مسخوطًا أو نصرانيًا أو عبدًا، لم تضر شهادة الصبيان، وقاله ابن الماجشون وأصبغ.

وروى ابن سحنون عن أبيه: إن كان معهم كبير غير عدل، وكان ظاهر السفه والجرحة، جازت شهادة الصبيان، ثم وقف على إجازتها.

وجه القول الأول أنه إذا كان الذى حضر لا تقبل شهادته، فبأن لا تؤثر فى رد شهادة غيره أولى.

وجه قول سحنون الآخر فى توقفه عن ذلك أنه قد صلحت حالهم بحضور الفاسق معهم عن حال الضرورة، والحال المتكررة، إلى حال ينـدر ويقـل مـن جريـان مثل هذا بينهم؛ لأن مثل هذا مختص بموضع يحضره الكبار. والله أعلم، ولذلك لو شهد الكبير بمثل ما شهد به الصبيان، بطلت شهادة الصبيان.

وقد روى ابن سحنون عن مالك: لا يقبل صبى أو صبيان، ورجل على صبى، ويكلف شهادة رجل آخر، رواه ابن المواز عن أشهب عن مالك، فثبت أن الذى يؤثر فى منع قبول شهادتهم حضور الكبير، دون اعتبار حاله، والله أعلم.

فصل: وأما افتراقهم، ففى المجموعة من قول مالك أنه إنما تجوز شهادتهم ما لم يفترقوا أو يخببوا، فلا تجوز.

وجه ذلك أنها إنما أجيزت شهادتهم للضرورة التى قدمنا ذكرها من أنهم ينفردون باللعب بما يكثر به الجراح، وربما أدّت إلى القتل، والشرع قد ورد بحفظ الدماء والاحتياط لها، بأن تثبت بما لا يثبت بها غيرها، ومما يوجب القسامة، ومثل ذلك لا يجوز فى المال، وليس لهم من الضبط والثبات ما يمنعهم من الانتقال من قول إلى قول، ومن رأى إلى رأى، ولا علمت لهم عدالة يؤمن من ذلك.

فإنما يحكم بأول قولهم، وما ضبط منه قبل تفرقهم ما لم تقيد شهادتهم قبل التفريق، فتبطل شهادتهم، فإن أشهد على شهادتهم قبل تفرقهم، لم يؤثر فى شهادتهم تفرقهم، وهذا كله معنى قول مالك.

مسألة: ومعنى قوله: أن يخببوا، أن يدخل بينهم كبير أو كبار على وجه يمكنهم أن يلقنوهم الشهادة، ويصرفوهم عن وجهها، أو يزينوا لهم الزيادة فيها، أو النقصان منها، فإذا كان ذلك، لم تقبل شهادتهم، وبطلت، وإنما يقبل على الوجه الذى قدمناه.

مسألة: فإن اختلفوا فى الشهادة، فقال اثنان منهم، فلان شج فلانًا، وقال آخران منهم: بل شجه فلان، ففى النوادر عن مالك أنه قال فى كتب قدم ذكرها إلا كتاب ابن حبيب: تبطل شهادتهم.

ووجه ذلك أن شهادتهم إنما تقبل ما لم يكن فيها تهاتر، ولو اختلفت اختلافًا يقتضى فى الكبار الأخذ بشهادة أحدهما، لم تبطل بذلك شهادة الصبيان.

وقد قال ابن الماجشون فى المجموعة والعتبية: لو شهد صبيان أن صبيًا قتل صبيًا، وشهد آخران أنه لم يقتله، وإنما أصابته دابة، قضى بشهادة الذين شهدوا بالقتل.

ووجه ذلك أنهم لو كانوا كبارًا عدولاً؛ لحكم بشهادة شاهدى القتل، فكذلك هذا.

مسألة: وأما رجوعهم عن الشهادة، فقد قال ابن وهب عن مالك: لا يبالى برجوعهم إذا أشهد على شهادتهم قبل أن يتفرقوا.

وقال سحنون: وهو معنى قول ابن المواز إلا أن يرجعوا قبل الحكم، وبعد أن صاروا رجالاً، فيكون ذلك مبطلاً لشهادتهم بمنزلة ما لو شهد رجلان أن ما شهد به الصبيان باطل، قاله ابن الماجشون فى المجموعة.

الباب الثالث: فى حكم من تجوز شهادتهم

فإنهم إن شهدوا بقتل صبى لصبى، ففى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم: تلزم العاقلة الدية بلا قسامة، وقاله أصبغ. قال سحنون: وعمد الصبى كالخطأ.

ووجه ذلك أنها شهادة كاملة، فاستغنت عن القسامة، ووجبت الدية على العاقلة؛ لأنه بمنزلة قتل الخطأ، والله اعلم.

مسألة: وروى ابن وهب عن مالك فى ستة صبيان لعبوا فى البحر، فغرق واحد منهم، فشهد ثلاثة على اثنين أنهما غرقاه، وشهد الاثنان على الثلاثة أنهم غرقوه، قال: القتل على الخمسة؛ لأن شهادتهم مختلفة.

قال ابن المواز: هذا غلط لاختلافهم ولا يجوز. وكذلك قال ابن حبيب عن مطرف، قال: ولو كانوا كبارًا، فاختلفوا هكذا كانت الدية عليهم فى أموالهم؛ لأنه صارت شهادتهم إقرارًا.

وقول مالك الأول يقتضى أن اختلاف شهادتهم، لا يمنع قبولها لاسيما إذا لم يكن يقتضى التهاتر، وإبطال بعضها، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما جاء فى الحنث على منبر النبى ﷺ

١٣٩١ – مَالِك عَنْ هِشَامِ بْنِ هِشَامِ(*) بْنِ عُتْبَةَ بْنِ أَبِى وَقَّاصٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ نِسْطَاسٍ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الأَنْصَارِىِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ حَلَفَ عَلَى مِنْبَرِى آثِمًا تَبَوَّأَ مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ»(١) .

١٣٩١ – أخرجه أبو داود فى الأيمان والنذور ٣٢٤٦. ابن ماجه فى الأحكام ٢٣٢٥. أحمد فى باقى مسند المكثرين ١٤٢٩٦، ١٤٦٠٦. البيهقى ٣٩٨/٧، عن جابر. الحاكم ٢٩٦/٤، عن جابر. ابن حبان جـ٢٨١/٦، عن جابر بن عبدالله.

(*) قال ابن عبد البر فى الاستذكار ٨٢/٢٢: هكذا قال مالك: هاشم بن هاشم، وهو: هاشم ابن هاشم بن هاشم بن عتبة بن أبى وقاص الزهرى، روى عنه مالك أبو ضمرة، أنس بن عياض، ومكى بن إبراهيم، وشجاع بن الوليد أبو بدر السكونى. وقد قيل: إن هاشم بن هاشم الذى روى عنه مالك، هو أبو هاشم ابن هاشم. وقد جعلهما أبو حاتم الرازى واحدًا، فقال: هاشم بن هاشم بن هاشم بن عتبة بن أبى وقاص الزهرى، روى عن سعيد بن المسيب وعامر بن سعد.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٦٨/٨: لم يختلف الرواة عن مالك فى إسناد هذا الحديث ومتنه، إلا أن أكثر الرواة عن مالك يقولون فيه: من حلف على منبرى هذا بيمين آثمة. كذا قال ابن بكير، وابن القاسم، والقعنبى، وغيرهم.

١٣٩٢ – مَالِك عَنِ الْعَلاءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ مَعْبَدِ بْنِ كَعْبٍ السَّلَمِيِّ، عَنْ أَخِيهِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ الأَنْصَارِيِّ، عَنْ أَبِي أُمَامَةَ[1] أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنِ اقْتَطَعَ حَقَّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ بِيَمِينِهِ حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ وَأَوْجَبَ لَهُ النَّارَ». قَالُوا: وَإِنْ كَانَ شَيْئًا يَسِيرًا يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: «وَإِنْ كَانَ قَضِيبًا مِنْ أَرَاكٍ، وَإِنْ كَانَ قَضِيبًا مِنْ أَرَاكٍ، وَإِنْ كَانَ قَضِيبًا مِنْ أَرَاكٍ، قَالَهَا ثَلاثَ مَرَّاتٍ».

الشرح: قوله: «**من حلف على منبرى**» إنما يريد والله أعلم، حانثًا على وجه يأثم به «**تبوأ مقعده من النار**» يريد والله أعلم، قعد مقعده من النار، وإنما ذكر منبره فى هذا الحديث على سبيل التعظيم له والإعلام بتغليظ أمره على من حلف عليه آثما.

وقد ذكر فى الحديث الثانى حديث أبى أمامة الحارثى «أنه من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه، حرم الله عليه الجنة، وأوجب له النار» ولم يذكر منبره.

وكذلك حديث أبى وائل عن ابن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «من حلف على يمين، يقتطع بها مال امرئ مسلم، لقى الله تعالى وهو عليه غضبان» فأنزل الله تصديق ذلك: ﴿**إن الذين يشترزن بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلاً**﴾ [آل عمران: ٧٧] الآية، فعلم بذلك أن ذكر المنبر فى الحديث الأول على معنى التغليظ، والله أعلم.

فصل: قوله: «**وإن كان قضيبًا من أراك**» على أنه لا يلزم اليمين على المنبر فى قضيب من أراك لقلته وتفاهته، وإنما يجب ذلك فيما له بال، لكنه إن وقع من أحد اليمين على منبر النبى ﷺ فى قضيب من أراك أو شىء تافه، فهذا حكمه، وليس فى الحديث أنه يجبر على اليمين عند المنبر فى هذا المقدار، وإنما تضمن الحديث حكم من حلف عنده آثمًا.

وهذا القول منه ﷺ، وإن كان على البت فيمن حلف على منبره أو حلف، فاقتطع بيمينه حق امرئ مسلم، فأوجب له النار، فإن لشيوخنا فى ذلك قولين، أحدهما: إن الوعيد ليس من باب الخبر، فلا يقال لمن رجع عنه كاذب، ولذلك قال الشاعر:

١٣٩٢ – أخرجه مسلم فى الإيمان ١٣٧. النسائى فى آداب القضاة ٥٤١٧. ابن ماجه فى الأحكام ٢٣٢٤. أحمد فى باقى مسند الأنصار ٢١٧٣٦. الدارمى فى البيوع ٢٦٠٣. البيهقى ١٠/١٧٩، عن أبى أمامة. الطحاوى بمشكل الآثار ١/١٨٦، عن أبى أمامة.

(١) قال ابن عبد البر: أبو أمامة هذا ليس هو أبو أمامة الباهلى، إنما هو أبو أمامة الحارثى الأنصارى أحد بنى حارثة، قيل اسمه إياس بن ثعلبة، وقيل ثعلبة بن سهيل.

وإنى وإن أوعدتـــه أو وعدتـــه لمخلف إيعـادى ومنجـز موعدى

يمدح نفسه بإخلاف الوعيد، ولوكان ذلـك كذبًـا لما مـدح نفسـه بهـا، فعلى هـذا الوعيد متوجه إلى كل عاص، وقيل إن الوعيد من باب الخبر، وأن الخلف فيه ضرب مـن الكذب، وذلك محال فى صفة البارى تعالى، فعلى هذا الوعيد متوجه إلى كـل مـن علـم البارى تعالى أنه لا يغفر له، وأنه لابد أن يعاقبه دون من أراد العفو عنه، وقد قال تعـالى: ﴿**ذلك وعد غير مكذوب**﴾ [هود: ٦٥]، وقال عز من قائل فى إسـماعيل: ﴿**إنـه كـان صادق الوعد**﴾ [مريم: ٥٤]، فوصف الوعد بالصدق والكذب.

* * *

جامع ما جاء فى اليمين على المنبر

١٣٩٣ - مَالِك عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ أَنَّهُ سَمِعَ أَبَا غَطَفَانَ بْـنَ طَرِيـفٍ الْمُـرِّىَّ، يَقُولُ: اخْتَصَمَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ الأَنْصَارِىُّ وَابْنُ مُطِيعٍ فِى دَارٍ كَانَتْ بَيْنَهُمَا إِلَى مَـرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ، وَهُوَ أَمِيرٌ عَلَى الْمَدِينَةِ، فَقَضَى مَرْوَانُ عَلَى زَيْدِ بْنِ ثَـابِتٍ بِـالْيَمِينِ عَلَى الْمِنْبَرِ، فَقَالَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ: أَحْلِفُ لَهُ مَكَانِى، قَالَ: فَقَالَ مَـرْوَانُ: لا وَاللَّـهِ إِلا عِنْـدَ مَقَاطِعِ الْحُقُوق، قَالَ: فَجَعَلَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ يَحْلِفُ أَنَّ حَقَّهُ لَحَقٌّ، وَيَـأْبَى أَنْ يَحْلِـفَ عَلَى الْمِنْبَرِ، قَالَ: فَجَعَلَ مَرْوَانُ بْنُ الْحَكَمِ يَعْجَبُ مِنْ ذَلِكَ.

قَالَ مَالِك: لا أَرَى أَنْ يُحَلَّفَ أَحَدٌ عَلَى الْمِنْبَرِ عَلَى أَقَلَّ مِـنْ رُبُـعِ دِينَـارٍ، وَذَلِـكَ ثَلاثَةُ دَرَاهِمَ.

الشرح: قضاء مروان على زيد بن ثابت باليمين على المنبر هو مذهــب أهـل المدينـة، ولم يكن زيد يقول أنه لا يلزمه ذلك، وإنما كان يمتنـع منـه إعظامًـا لـه. وقـد روى عـن عبدالله بن عمر أنه كان يكره ذلك، وإن كان صادقًا، ويقول: أخشى أن يوافـق قـدرًا، فيقال أن ذلك ليمينه.

مسألة: وإذا ثبت ذلك، فاليمين تغلظ بالمكان فى الأموال وغيرها مـن الحقـوق، قـال فى المدونة: على الطالب والمطلوب، وبه قال الشافعى: ومنع من ذلك أبو حنيفة.

والدليل على ما نقوله قول النبى ﷺ: «من حلف على منبرى آثمـا تبـوأ مقعـده مـن

١٣٩٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٠١.

النار». وهذا يقتضى أن له تأثيرًا فى الأيمان وتعلقًا بها، ولا يفعل ذلك أحد فى الغالب مختارًا، فثبت أنه إنما توجه إلى الحكم به، وإلا بطلت فائدة التخصيص.

ومن جهة المعنى أن التغليظ يتعلق بالكثير من الأموال، للردع عنها كالقطع فى السرقة.

مسألة: وهل تغلظ بالزمان أم لا؟ روى ابن كنانة عن مالك فى كتاب ابن سحنون: يتحرى بأيمانهكم فى المال العظيم، وفى الدماء واللعان، الساعات التى يحضر الناس فيها المساجد، ويجتمعون للصلاة، وما سوى ذلك من مال، وحق ففى كل حين.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: لا يحلف حين الصلوات إلا فى الدماء واللعان. فأما فى الحقوق، ففى أى وقت حضر الإمام استحلفه، قاله ابن القاسم وأصبغ.

فوجه القول الأول قوله تعالى: ﴿**تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله إن ارتبتم لا نشترى به ثمنًا**﴾ [المائدة: ١٠٦]، وهذه يمين فى مال، فجاز أن يغلظ بالزمان كاللعان والقسامة.

مسألة: هل تغلظ الإيمان بتكرر الصفات، روى ابن كنانة عن مالك فى كتاب ابن سحنون: يحلفون فيما يبلغ من الحقوق ربع دينار، وفى القسامة واللعان على المنبر بالله الذى لا إله إلا هو، عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم، ما كانت فيه يمين واحدة حلف هكذا، وما رددت، رددت هكذا.

وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: أن الأيمان فى الحقوق والدماء واللعان، وفى كل ما فيه اليمين على المسلمين بالله الذى لا إله إلا هو. زاد ابن المواز: والحر والعبد سواء، وهذا هو المشهور من مذهب مالك، وبه قال ابن القاسم، ورواه عن مالك فى المدونة.

وجه القول الأول، وهو مذهب الشافعى، أن هذا معنى تغلظ به الأيمان، فجاز أن يحكم بها أهل ذلك الزمان والمكان.

وجه القول الثانى أن هذه الصفات كثيرة لا يمكن أن يستوعب، وليس ما نورد منها بأولى من غيرها، وما يغلظ به من غيرها، فله غاية لا تلحق المشقة ببلوغها.

ومن جهة القياس أن هذا معنى يقتضى التكرار، فلم تغلط به الأيمان فى الأموال كتكرار اليمين.

مسألة: اتفق أصحابنا على أن الذى يجزئ من التغليظ باليمين، والله الـذى لا إلـه إلا هو، فإن قال: والذى لا إله إلا هو، أو قال: والله، فقط، فقد قال أشهب: لا يجوز ذلك حتى يقول: والله الذى لا إله إلا هو.

مسألة: ويمين الحر والعبد والنصرانى فى الحقوق سواء. وفى المدونة: ويحلف النصرانى بالله، فقط، ولا يزاد عليه الذى أنزل الإنجيل على عيسى، واليهودى والنصرانى عند مالك سواء. قال ابن القاسم: والمجوس يحلفون بالله.

فصل: وأما التغليظ بالمكان، فهو بالجامع، وهو المسجد الأعظم الذى تقام فيه الجمعة، قاله مالك فى المدونة وغيرها. وهل يكون تغليظها بسائر المساجد؟ فى النوادر: لا يحلف فى مساجد القبائل فى قليل ولا كثير.

وروى ابن سحنون عن مالك: ما علمت أنه يحلف فى مساجد الجماعات كالأمصار. روى عنه ابن القاسم فى كتاب ابن المواز: يحلف فى مساجد الجماعة فيما له بال، ولا أشك أنه يحلف فيها فى ربع دينار.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: فيحتمل عندى أن يريد المسجد الجامع، فقد روى عنه ابن وهب: أن المرأة تحلف فى المسجد، قال: يريد المسجد الجامع تخرج إليه بالليل، ويحتمل أن يريد غيره من المساجد، فقد روى ابن سحنون عن أبيه فى امرأتين ادّعى عليها فى أرض ودور، وهما ممن لا تخرجان، فأرى أن تخرجا من الليل إلى الجامع.

قال: فسئل أن يحلفهما فى أقرب المساجد إليهما، وشق عليهما الخروج إلى الجامع، فأجاب إلى ذلك، فهذه المسألة نص فى أن اليمين كانت فى غير الجامع. والظاهر أن سحنونًا هو الذى أسعف سؤال السائل فى ذلك لما يراه من المصلحة، وهذا يقتضى أنه حق للحكم فى مثل هذه المسألة.

وجه ذلك أنه معظم من المساجد، فجاز أن تغلظ به الأيمان مع إرادة الستر لمن ثبت ذلك فى حقه كالجامع.

ووجه الرواية الأولى أن التغليظ إنما هو معنى المبالغة، وذلك يقتضى اختصاصه بأعظم المساجد حالاً، ولذلك يختص بأرفع المساجد مكانًا، والله أعلم.

قال الشيخ أبو القاسم: لا يحلف عند منبر النبى ﷺ فى أقل من ربع دينار، ويحلف على أقل من ذلك فى سائر المساجد.

مسألة: إذا قلنا إن اليمين تكون في المسجد الأعظم، فإنها تكون في مسجد النبي ﷺ عند المنبر. قال مالك: ولا أعرف المنبر في سائر الآفاق، وإنما أعرف منبر النبي ﷺ، ولكن للمساجد مواضع هي أعظم. زاد ابن سحنون عن مالك: ولكن يحلف حيث يعظم فيه، فيحتمل من جهة اللفظ أن يريد بقوله: لا أعرف المنبر في المساجد، المنع من اتخاذ المنبر في مساجد الآفاق.

وقد أجمع المسلمون من عهد الصحابة على اتخاذها في كل بلد، وهو من أعلم الناس بها، فمحال أن يريد هذا، والصحيح أنه أراد بذلك أنه لا يعرف أن حكم سائر المنابر في البلاد، حكمها في ذلك حكم منبر النبي ﷺ، وإنما هذا حكم يختص بمنبر النبي ﷺ.

وقد روى ابن وهب عن مالك: لا يحلف عند منبر من المنابر إلا عند منبر النبي ﷺ.

وقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: يستحلفون فيما له بال أو في ربع دينار، في المدونة: عند منبر النبي ﷺ وبغيرها في مسجدهم الأعظم، حيث يعظمون منه عند منبرهم أو تلقاء قبلتهم.

ووجه ذلك عندي، والله أعلم، أن منبر النبي ﷺ في وسط المسجد، وهو في موضعه الذي كان فيه زمن النبي ﷺ، وهو بعيد من القبلة والمحراب الذي أحدث حين زيد في المسجد؛ لأن حائط القبلة نقل من قرب المنبر حين زيد في المسجد، فصار المنبر في وسط المسجد، فكانت اليمين عند المنبر أولى؛ لأنه موضع مصلى النبي ﷺ وعند منبره.

وأما القبلة والمحراب، فشيء بني بعده، وأما منابر سائر المساجد، فعند المحراب، فمن حلف، فإنما يحلف عند المحراب بقرب المنبر، وأعظم شيء في المساجد المحاريب، ولو اتفق أن يكون في بعض البلاد المنبر في وسط المسجد؛ لكانت اليمين عند المحراب دون المنبر، فهذا معنى قول مالك والله أعلم، ومعنى قول الشيخ أبي القاسم: لا يحلف عند منبر من المنابر إلا عند منبر النبي ﷺ.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فهذا حكم الرجال والنساء، فمن كانت من النساء تخرج وتتصرف، فحكمها في ذلك حكم الرجال، ومن كانت منهن لا تخرج نهارًا، خرجت ليلاً، قاله ابن القاسم عن مالك. قال ابن القاسم: وأم الولد في ذلك بمنزلة الحرة من كانت منهن تخرج، ومن كانت لا تخرج.

قال: والحر والعبد سواء، وكذلك المكاتب والمدبر سواء. وأما اليهود، فيحلفون فى كنائسهم، والنصارى فى بيعهم، والمجوس حيث يعظمون، رواه ابن القاسم عن مالك، وقاله مطرف وابن الماجشون فى الواضحة.

ووجه ما قدمناه من التغليظ بالمكان، فيغلظ على حكم أهل كل شريعة بالمواضع التى يعظمون.

الفصل: والمقدار الذى يلزم فيه اليمين فى الجامع، وفى المواضع التى تعظم منه فى حق الرجال، ومن كان حكمها، حكمهم من النساء. قال مالك: لا يستحلف فى المدينة عند منبر ﷺ إلا فى ربع دينار أو فى ثلاثة دراهم، وهو كان ربع دينار. وقال الشافعى: لا تغلظ الأيمان إلا فى مائتى درهم أو عشرين دينارًا.

ودليلنا على ذلك أن الربع دينار قد يتعلق به القطع فى السرقة كالعشرين دينارًا.

مسألة: ولا تعلظ الأيمان بما ذكرناه فى أقل من ربع دينار. وحكى القاضى أبو محمد أن بعض المتأخربن، قال: إن الأيمان لا تكون إلا عند المنبر فى القليل والكثير.

والدليل على ما نقوله أن هذا نوع من الردع عن المال، فلم يتعلق بالقليل منه كالقطع فى السرقة.

ووجه ثان، وهو أن هذا ابتذال للموضع، مع ما يلزم من تعظيمه وتوقيره.

وروى عن عبدالرحمن بن عوف أنه رأى رجلاً يحلف عند منبر النبى ﷺ، فقال: أعلى دم؟ قالوا: لا، قال: أفعلى عظيم من المال، لقد خشيت أن يتهاون الناس بهذا المكان، ولم ينكر ذلك عليه أحد. وقد احتج بها القاضى أبو محمد.

مسألة: وأما من لا تخرج من النساء نهارًا أو تخرج ليلاً، فتحلف فى الجامع، ففى كم تخرج؟ قال مطرف وابن الماجشون: تخرج فى ربع دينار. وروى ابن المواز عن أبى القاسم: لا تخرج فيه، ولا تخرج إلا فى المال الكثير الذى له بال.

وجه القول الأول أن هذا شخص تغلظ عليه اليمين فى المال، فغلظت فى ربع دينار كالرجل.

ووجه القول الثانى أن المرأة التى لها القدر يلزمها من التصاون ما لا يلزم الرجال، فلا تبتذل بالأيمان فى الجوامع، إلا فى القدر الكثير الذى يحتاج ردع مثلها عن مثله.

مسألة: ومن باع ثوبًا، فوجد به المبتاع عيبًا، فادعى البائع أنه أعلمه به، وتبرأ إليه منه، قال ابن المواز عن أصبغ: إن كان نقصان العيب ربع دينار فأكثر، لم يحلف إلا فى الجامع.

ووجهه أن المراعى فى ذلك ما تداعيا فيه، وهو قدر العيب، وفيه تجب اليمين.

مسألة: ولو ادّعى رجل على رجلين أو رجال ربع دينار، فقد روى فى العتبية ابن القاسم عن مالك: لا يستحلفون إلا فى الجامع، قيل له: أيستحلفون عند المصحف؟ فقال: بل يستحلفون عند المسجد.

ووجه المنع من استحلافهم أن كل واحد منهم إنما يستحلف فى أقل من ربع دينار، ولو نكل عن اليمين لم يجب عليه إلا قدر حصته منه.

وقوله: بل يحلف فى المسجد، منع من أن يقصد إلى التغليظ عليهم بجامع أو عند المصحف. وقال: بل يحلفون فى المسجد، ولعله أراد أن الحاكم الذى يقضى بذلك فى الأغلب، يكون فى المسجد على أصله ومذهبه، فيحلف فى موضعه، ولا يقام منه إلى موضع تغلظ عليه فيه اليمين.

وفى كتاب ابن المواز: لا يحلفون فى الجامع، ولا عند المنبر، إلا فى ربع دينار، ولعله يريد لا يحلفون إليه على سبيل التغليظ، والله أعلم.

مسألة: وأما من وجبت عليه يمين فى طلاق، أو عتاق، أو نكاح، أو غير ذلك مما ليس بمال، ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم فى عبد حنث فى يمين بطلاق، فقال: حلفت بواحدة، وسيد الزوجة شهد عليه بالبينة، فقال ابن القاسم: يحلف عند المنبر ما حلف إلا بطلقة.

ووجه ذلك أن صداق الزوجة لا يكون أقل من ربع دينار، فلا يحلف فى عوضه إلا عند المنبر؛ لأنه لا يصلح أن يكون قيمته أقل من ذلك.

مسألة: وأما صفة الحالف حال يمينه، فروى ابن القاسم عن مالك: يحلف الرجل قائمًا إلا من به علة، ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فى الرجال والنساء فيما ادعى عليهم لو اقتطعوه بأيمانهم فى ربع دينار، وما لم يبلغه، فإنما يحلفون جلوسا إن شاءوا. وروى ابن كنانة عن مالك: يحلف جالسًا ولا يحلف قائمًا.

وجه الرواية الأولى أنه ما شرع فيه التغليظ عليه، وإلزامه القيام من معنى التغليظ، فيجب أن يلزمه.

مسألة: ويحلف الرجال والنساء مستقبلى القبلة فيما له بال، رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون. قال ابن القاسم: ما سمعت أنه يستقبل بالحالف القبلة.

وجه القول الأول أنه تغليظ عليهم لما يلزم من تعظيم الجهة، فغلظ باستقبالها كما غلظ عليه باليمين عند الموضع الموجه لها المعظم منها.

ووجه القول الثانى أن هذه حالة لا يلزمه فيها الطهارة، فلا يلزمه استقبال القبلة كسائر الحقوق.

فصل: وقوله: «**أحلف مكانى**» يحتمل أن يريد به أن ذلك هو الحق عنده، ويحتمل أن يرغب فى أن يقنع بذلك منه، أن كل ذلك من الحقوق الحاكم على ما تقدم من مذهب سحنون أو من حقوق الطالب باليمين.

وقول مروان، وهو الحاكم فى قضية: «**لا والله، إلا مقاطع الحقوق، ولم ينكرعليه زيد، ولا غيره**» يقتضى أن للحقوق مقاطع معينة، وأنه لا يقنع منه إن كان الحق له باليمين فيها أو لا يفتى عليه إن كان حقًا للطالب إلا بذلك.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: ممن وجبت عليه اليمين عند المنبر، وما أشبهه المواضع، فقال: أنا أحلف مكانى، فهو كنكوله عن اليمين، إن لم يحلف فى مقاطع الحقوق، وغرم إن ادّعى عليه، أو بطل حقه، إن كان مدعيًا، وبذلك قضى مروان على زيد بن ثابت.

فصل: وقوله: «**يحلف أن حقه لحق، ويأبى أن يحلف عند المنبر**» يريد تحقيق ما قاله من دعوى أو إنكار، وأنه لا يمنعه من اليمين عند المنبر ما يعتقدون إبطال ما يقول، ويخاصم به، ولكن لتعظيم حرمة منبر النبى ﷺ، ولم تكن تلك اليمين ما يستحق بها حقًا، ولا يدفع بها غرمًا؛ لأن مستحق اليمين لم يقبضها منه هناك.

وفى كتاب ابن سحنون عن مالك: من قضى عليه باليمين عند المنبر، فأبى أن يحلف، وحلف فى مقامه أنه يقضى عليه، وكذلك عندى لو حلف عند المنبر دون أن يقتضيه صاحب اليمين، لم يبر بها حتى يحلف، وصاحب الحق مقتضيًا ليمينه.

ولو اقتضاه يمينه فى صحن الجامع، ورضى بها، أو فى منزله، أو فى غيره، أجزأته يمينه، ولم يكن لصاحب اليمين عليه يمين من بعد ذلك، قاله محمد بن عبدالحكم.

ووجه ذلك أنه إذا اقتضى منه ما رضى به، فليس له الرجوع بعد رضاه واستيفائه له.

فصل: واختصام زيد بن ثابت وابن مطيع فى دار كانت بينهما إلى مراون، لا ندرى من الطالب من المطلوب، ولا هل كانت للطالب بينة، أو كيف كان حكمها، غير أنه إن وقف الطالب المطلوب على ما يدعيه عليه، ففى المجموعة عن عبدالملك إذا لم يبين المدّعى دعواه ما هو؟ وكم هو؟ لم يسئل الدعى عليه عنه كما قال: أنا أطلب منك هذه الدار، فبين من أين هى لك، فلا يسئل المطلوب عن ذلك.

قال القاضىأبو الوليد: ومعنى ذلك عندى حتى يقول أن هذه الدار لى، فهل صارت إليك من جهتى أو من جهة أحد بسببى، فيلزم المطلوب الجواب أنها لم تصر إليه من جهته، ولا من جهة أحد بسببه.

مسألة: فإن حقق المدعى دعواه وبينه، لزم المطلوب جوابه، بإقرار أو إنكار. وقد روى فى العتبية والمجموعة عن أشهب أن ابن كنانة سأل مالكًا عمن فى يده دار، فيدعى رجل أنها لجده، فقال المطلوب: لا أقر، ولا أنكر، ولكن أقم البينة على دعواك، قال مالك: يجبر المدعى عليه حتى يقر أو ينكر. وروى ابن المواز عن ابن الماجشون مثل ذلك، قال محمد: وذلك صواب.

مسألة: ومن ادّعى عليه بستين دينارًا، فأقر بخمسين، وتأبى فى العشرة أن يقر أو ينكر، فإنه يجبر بالحبس حتى يقر بها أو ينكر إذا طلب ذلك المدعى كما قال مالك وابن الماجشون، وقال: أستحسن إذا تمادى على شك، فأنا أحلفه أنه ما وقف على الإقرار أو الإنكار، إلا أنه على غير يقين.

فإذا حلف على هذا أو رد العشرة ويحبس بها، فالحكم بلا يمين على المدّعى أن كل ما ادعى عليه، لا يدفع مع الدعوى، فإنه يحكم عليه بغير يمين.

قال ابن المواز: وكذلك المدّعى عليه دور فى يده لا يقر ولا ينكر، فأنا أجبره على ذلك، فتمادى حكمت عليه للمدعى بلا يمين، وهو معنى مسألة مالك عندى فى الذى يصر على الامتناع من الإقرار والإنكار، ولا يدعى شكًا.

ومسألة ابن المواز فى العشرة دنانير فى الذى يقول: لا أعلم، ويدعى الشك، وكان الصواب عنده، أن لا يحلف، فإنه لا معنى ليمينه، فإن الحكم المتوجه إلى الناكل لا يفتقر إلى يمين فى النكول؛ لأنه إذا نكل عند هذه اليمين التى ألزمه إياها، لم يجد سبيلاً إلا إلى الحكم عليه بما ادّعى عليه، والله أعلم.

ويقتضى قول مالك وابن الماجشون أنه إن تمادى عليه كره بالسجن وغيره. وقال

ابن سحنون عن أبيه: فإن تمادى حتى يقر أو ينكر، ولا يقبل منه غيره.

ويقتضى قول ابن المواز أنه إذا أصر، وقد أعذر إليه بالجبر، أن يحكم عليه ويغرم ما ادعى عليه؛ لأنه نكول لا يوجب رد اليمين على حصته، فأوجب الحكم عليه كنكول المدعى عليه، ترد عليه اليمين.

مسألة: فإن قال المطلوب: قد تقدمت بينى وبين الطالب مخالطة، فمن أى وجه يدعى هذا، لزم، أن يسئل عن ذلك الطالب، فإن بين وجه طلبه، وقف المطلوب على ذلك، ولزمه أن يقر أو ينكر، وإن أبى الطالب أن يبين سبب دعواه، فلا يخلو أن يقول: لا أذكر السبب، أو لا يقول ذلك، ويمنع من وجه طلبه.

فإن قال: أنسيته، قبل ذلك منه بغير يمين، ولزم المطلوب أن يقر أو ينكر، وإن أبى من تبيينه مع ذكره له، لم يسئل المطلوب عن شىء، قاله أشهب فى المجموعة ونحوه فى كتاب ابن الماجشون.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وكان القياس عندى أن لا يوقف المطلوب حتى يحلف الطالب أنه لا يذكر سبب ما يدعيه؛ لأنه قد يكون لو ذكر السبب وجد منه مخرجًا، وإذا كتمه، لم يمكنه المخرج منه، فيريد كتمانه، لتلزمه اليمين، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن بين المدعى السبب، فأنكر المطلوب، وقال: أنا أحلف أنه لا شىء له عندى من هذا السبب، لم يجزه حتى يقول: والله، لا أعلم له علىَّ شيئًا، بوجه من الوجوه، قاله فى المجموعة أشهب ونحوه فى كتاب ابن سحنون.

وكان الظاهر أن يجزئه يمينه أنه لا شىء له عنده من وجه يطلبه؛ لأن الطالب لم يطلبه بغير ذلك، مع أن المطلوب لا يحلف حتى يقول له الطالب: هذا آخر حقوقى عندك، فلا فائدة فى أن يستحلف المدعى عليه فى غير ذلك، والطلب قد برأ منه، ولكن ذهب أشهب إلى ذلك مخافة الإلغاء والتأويل.

مسألة: وإن ادعى رجل أنه أسلفه أو باع منه، لم يجزه من الجواب أن يقول: لا حق لك عندى حتى يقول: لم تسلفنى ما تدعيه، أو لم تبع منى شيئًا مما ذكرت، رواه ابن سحنون عن أبيه، وهو مقتضى قول مالك. قال: فإن تمادى على اللدد، سجنه، فإن تمادى أدبه، قال: وكان ربما قبل منه فى الجواب قوله: ما له علىَّ حق، وإلى القول الأول رجع آخرًا مالك.

وجه القول الأول بإجزاء ذلك، وهو قول الشافعى، أنه إذا قال ملك علىَّ شىء، فقد ادعى براءة ذمته، وهذا يجزئ من الجواب، ولا يلزمه أن يقول: إنى اشتريت منك؛ لأنه ربما قد اشترى منه وقضاه، ولا تقوم له بينة، والمدعى ممن يغتنم إقراره بالبيع، ويرضى باليمين الغموس أنه ما قبض منه الثمن.

ووجه القول الآخر أن المدعى قد ادعى دعوى حق، فيلزمه أن يكون جوابه على موافقة قوله، كما لو ادعى المشترى أنه قضاه الثمن، لم يجز للبائع أن يقول: لى عليك حق حتى يقول: لم أقبض منك ما تدعيه من الثمن.

مسألة: فإذا أنكر المطلوب المعاملة كلف الطالب البينة، فإن أقام بينة، فما ادعاه من بيع أو سلف أو ما أشبه ذلك، لم يلزمه أن يحلف مع شاهديه أنهما شهدا بحق، رواه ابن القاسم عن مالك فى الواضحة، ورواه ابن سحنون قالا عنه: إلا أن يدعى أنه قضاه، فيحلف على القضاء.

ووجه ذلك أن البينة قد أحقت له دينه، فلا معنى ليمينه؛ لأن البينة فى تحقيق دعواه أقوى من يمينه، ولذلك برئ بها عن يمين المطلوب ويمين الطالب.

مسألة: فإن لم يكن للطالب بينة، حلف المطلوب، وما الذى يلزمه من اليمين فى إنكاره؟ روى ابن المواز عن مالك، فى البائع يجحد قبض الثمن، فينكره المبتاع، ويريد أن يحلف ما له علىَّ شىء، قال: بل يحلف ما اشترى منه سلعة كذا، فهذا قول مالك، وبه قال مطرف وابن الماجشون إذا حلف ما له علىَّ شىء من كل يدعيه، فقد برىء، واختاره ابن حبيب.

وفى الموازية والعتبية عن ابن القاسم القولان، وهما مبنيان على ما تقدم من إنكاره، وما يجزئ فى ذلك منه، والله أعلم.

مسألة: ويحلف المنكر ما ادّعى عليه أو ادّعاه من حقوق نفسه على البت والقطع، وما ورثه عن أبيه، حلف على العلم، مثل أن يدعى رجل قضاء أبيه الميت دينه، فيحلف أنه لا يعلمه قبضه، ولا شيئًا منه، رواه ابن سحنون عن أبيه، أو يدعى قبل مورثه حقًا، فيحلف أنه لا يعلم له قبله شيئًا.

ووجه ذلك أنه يحلف على البت؛ لأنه يدعى علم ذلك، ولو لم يدعه لم تقبل دعواه، وعلى فعل غيره يحلف على علمه أنه لا سبيل له إلى غير ذلك، إلا أن يقيم شاهدًا لموروثه بحق، فيحلف معه، فإنه يحلف على البت؛ لأنه يدعى معرفة ذلك،

وتحقيقه، فيحلف على ما ادعاه من المعرفة فى الإثبات. وأما فى النفى، فلا طريق له إلى ذلك، وبالله التوفيق.

مسألة: فإن حلف المطلوب برئ، فإن نكل، ففى كتاب ابن سحنون عن أبيه، قال مالك وأصحابه: لا يجب الحق بنكول المطلوب عن اليمين، حتى يرد اليمين على المدعى عليه، فيحلف.

قال مالك: وإذا جهل ذلك الطالب، فليذكر له القاضى حتى يحلف الطالب؛ إذ لا يتم الحكم إلا بذلك، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة وأصحابه: بنفس النكول يجب عليه الحق.

والدليل على ما نقوله أن هذا حق يثبت باليمين، فإذا نكل من وجبت عليه اليمين، جاز أن تنتقل اليمين إلى الجنبة الأخرى كالقسامة.

مسألة: ولو رد المطلوب اليمين على الطالب، لم يكن له الرجوع فى ذلك، ولزمه ردها، رواه عيسى وأصبغ عن ابن القاسم فى العتبية، فيحلف المدعى، ويأخذ حقه، كان رده لليمين عند السلطان أو عند غيره، وذلك أن رده اليمين على الطالب، رضًا بيمينه، وتصديق لقوله مع يمينه، فلما تعلق بذلك حق الطالب، لم يكن للمطلوب الرجوع عنه، ولا إبطال حق يثبت للطالب عليه.

مسألة: وهذا إذا كانت من الأيمان التى ترد، فإن كانت مما لا يرد مثل أيمان التهمة، مثل أن يبيع الرجل لعبده بالبراءة، ثم يظهر المبتاع فيه على عيب قديم، فيحلف البائع أنه ما علم به، فإن نكل رد عليه العبد دون يمين المبتاع، وذلك أن المبتاع لا طريق له إلى معرفة ذلك، فلا يكلف تقحم اليمين على ما لا سبيل له ولا لغيره إلى معرفته.

مسألة: إذا ادّعى المودع ضياع الوديعة، وادّعى المودع تعديه عليها، فالمودع مصدق إلا أن يتهم، فيحلف، قاله أصحابنا فى النوادر. قال محمد بن عبدالحكم: فإن نكل، ضمن، ولا ترد اليمين هاهنا.

ووجه ذلك أنها يمين تهمة دون تحقيق، ولذلك اختصت بمن يتهم دون من لا يتهم.

مسألة: ومن وجبت عليه يمين، فقال للحاكم: اضرب لى أجلاً حتى أنظر فى يمينى، وفى حسابى، وأتثبت، فعل من ذلك بقدر ما يراه، قاله محمد بن الحكم.

ووجه ذلك أنه يريد التثبت فيما يحلف عليه، فيجب أن يجاب إليه، فقد يكون

الحساب يكثر، ويطول أمره، ويتسامح فى الدعوى أو الإنكار، ويتحرز فى اليمين؛ لأنها أعظم مقاطع الحقوق.

مسألة: وهذا إذا كانت الدعوى فى عقد كبيع أو سلف أو هبة أو ما أشبه ذلك. فأما من أثبت ببينة بعبد أو دابة أو ثوب أنه ملكه، لا يعلمونه باع، ولا وهب، ولا خرج عن ملكه، ففى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك: أنه يحلفه الإمام ما باع، ولا وهب، ولا خرج عن ملكه بشىء، فيحلف على البت ويستحقه، وبه قال أشهب.

وقال ابن كنانة: ليس عليه يمين إلا أن يدعى الذى فى يده ذلك أمرًا يظن أن صاحبه فعله، فيحلف ما فعله، ويأخذ حقه.

وجه القول الأول وعليه جمهور أصحابنا أنها يمين للحكم، لا يصح له القضاء إلا بعد استيفائها؛ لأن البينة، إنما شهدت له بالملك على البت والقطع، وشهدت فى بقائه على ملكه على العلم، فلابد من استحلافه على البت فيما بقى، وما عسى أن يزيل ملكه عنه، من بيع، أو هبة، أو غير ذلك، وحينئذ يستحق أن يقضى له، وإلا كان قد حكم قبل أن يستوفى المستحق أسباب الاستحقاق.

ووجه القول الثانى أن المطلوب إذا لم يدع شيئًا من ذلك، فلا معنى لاستحلاف الطالب؛ لأنه قد ثبت له الملك، ولا يدعى خروجه عن ملكه، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما لا يجوز من غلق الرهن

غلق الرهن، معناه أن لا يفك، يقال غلق الرهن، إذا لم يفك، فمعنى الترجمة أنه لا يجوز أن يعقد الرهن على وجه يؤول إلى المنع من فكه، وأنشدو الربعى:

وفارقتك برهن لا فكاك له ... يوم الوداع فأمسى رهنها غلقا

١٣٩٤ – مَالِك عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ

١٣٩٤ – أخرجه ابن ماجه فى الأحكام ٢٤٤١. الطحاوى بمعانى الآثار ٤/١٠٠، عن ابن المسيب مقطوعا. البيهقى فى السنن ٦/٤٠، عن ابن المسيب مقطوعا. ابن أبى شيبة ٧/١٨٧، عن ابن المسيب مقطوعا. عبدالرزاق برقم ١٥٠٣٣، عن ابن المسيب. البغوى بشرح السنة ٨/١٨٤، عن ابن المسيب.

قَالَ: «لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ»(١) .

---

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٧٨/٨: هكذا رواه كـل مـن روى الموطـأ، عـن مـالك فيمـا علمت، إلا معن بن عيسى، فإنه وصله فجعله عن سعيد، عـن أبـى هريـرة. ومعـن ثقـة إلا أننـى أخشى أن يكون فيه من على بن عبدالحميد الغضائرى. حدثنا خلف بن قاسم، حدثنـا علـى بـن الحسن بن علان، وأحمد بن محمد بن يزيد الحلبى، قالا: حدثنا علـى بـن عبدالحميـد الغضـائرى، حدثنا مجاهد بن موسى، حدثنا معن بن عيسى، عن مالك، عـن الزهـرى، عـن سـعيد، عـن أبـى هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن وهو لصاحبه».
حدثنا عبدالرحمن بن عبدالله بن خالد، قال: حدثنا محمد بن العباس بن يحيى الحلبى، قال: حدثنـا على بن عبدالحميد، وحدثنا إسماعيل بن عبدالرحمن القرشى، قال: محمـد بـن العبـاس بـن يحيـى الحلبى، قال: حدثنا أبو بكر، وعلى بن عبدالحميد، قالا: حدثنا مجاهد ابن موسـى، قـال: حدثنـا معن بن عيسى، قال: حدثنا مالك، عن الزهرى، عن سعيد بن المسـيب، عـن أبـى هريـرة، قـال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن وهو من صاحبـه». وزاد فيـه أبـو عبدالله بـن عمـروس بـن الأبهرى، بإسناده: له غنمه وعليه غرمه. وهذه اللفظة قد اختلف الرواة فـى رفعهـا: فرفعهـا ابـن أبى ذئب، ومعمر، وغيرهما فى هذا الحديث، لكنهم رووه مرسلا، على اختلاف فى ذلك، عـن ابن أبى ذئب، نذكره، إن شاء الله.
ورواية معن، عن مالك موافقة لذلك، وقد روى ابن وهب هذا الحديـث فجـوده، وبيَّـن أن هـذا اللفظ ليس مرفوعا.
روى سحنون، ويونس بن عبدالأعلى، ومحمد بن عبدالله بن عبدالحكـم، عـن ابـن وهـب، قـال: سمعت مالكا، ويونس بن يزيد، وابن أبى ذئب، يحدثون عن ابن شهاب، عـن ابـن المسـيب، أن رسول الله ﷺ قال: «لا يغلق الرهن».
وقال يونس: قال ابن شهاب: وكان سعيد بن المسيب يقول: الرهن ممن رهنه، لـه غنمـه، وعليـه غرمه. فتبين برواية ابن وهب، عن يونس بن يزيد، أن هذا من قول سعيد ابـن المسـيب – فاللـه أعلم، إلا أن معمرا قد ذكره عن ابن شهاب مرفوعا. ومعمر من أثبته الناس فى ابن شهاب، وقد تابعه على ذلك يحيى بن أبى أنيسة، فرفع هذا اللفظ ووصل الحديث، عن أبى هريرة، ويحيى ليس بالقوى.
وقد روى من حديث محمد بن كثير، وحديث زيد بن الحبـاب، عـن مـالك، عـن الزهـرى، عـن سعيد، عن أبى هريرة، قال: قضى رسول الله ﷺ: أن لا يغلق الرهـن، لـه غنمـه، وعليـه غرمـه. ذكر ذلك شـيخنا ابـن قاسـم، عـن شـيوخه، عنهمـا. وذكـره الدارقطنـى وغـيره، وقـد حدثنـى إسماعيل بن عبدالرحمن، قال: حدثنا محمد بن العباس الحلبى، قال: حدثنا علـى بـن عبدالحميـد، قال: حدثنا عبدالله بن عمران العابدى، قال: حدثنا سفيان بن عيينة، عـن زيـاد بـن سـعيد، عـن الزهرى، عن ابن المسيب، عن أبى هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلـق الرهـن، لـه غنمـه وعليه غرمه». وفيما أخبرنى أبو عبدالله أجازه على بن عمر الحافظ، قال: حدثنا على بن أحمـد=

.. ..

=ابن الفتح الوراق، حدثنا محمد بن إبراهيم بن يعقوب الأنطاكي، حدثنا محمد بن المبارك الأنباري، حدثنا أحمد بن إبراهيم بن أبي سكينة الحلبي، حدثنا مالك بن أنس، عن الزهري، عن سعيد، وأبي سلمة، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن ممن رهنه، له غنمه، وعليه غرمه».

وحدثنا عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا محمد بن أحمد بن زهير، قال: حدثنا عبدالله بن عمران بن زريق المكي، قال: حدثنا سفيان، عن زياد بن سعد، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: لا يغلق الرهن، وحدثنا إسماعيل بن عبدالرحمن، قال: حدثنا محمد بن العباس، قال: حدثنا أبو بكر محمد بن عبدالله الطائي بحمص، قال: حدثنا محمد بن خالد بن خلي، قال: حدثنا بقية، عن إسماعيل بن عياش، عن عباد، يعني ابن كثير، عن محمد بن عبدالرحمن، يعني ابن أبي ذئب، عن الزهري، عن ابن المسيب، عن أبي هريرة، عن رسول الله ﷺ قال: «لا يغلق الرهن، لصاحبه غنمه، وعليه غرمه».

قال أبو عمر: أما حديث إسماعيل بن عياش، فهذا أصله.

وقد روى عن إسماعيل بن عياش، عن ابن أبي ذئب، ولم يسمعه إسماعيل من ابن أبي ذئب، وإنما سمعه من عباد بن كثير، عن ابن أبي ذئب. وعباد بن كثير عندهم ضعيف لا يحتج به. وإسماعيل بن عياش عندهم أيضا غير مقبول الحديث إذا حدث عن غير أهل بلده، فإذا حدث عن الشاميين، فحديثه مستقيم، وإذا حدث عن المدنيين وغيرهم - ما عدا الشاميين، ففي حديثه خطأ كثير واضطراب، ولا أعلم بينهم خلافا أنه ليس بشيء - فيما روى عن غير أهل بلده، وقد اختلفوا فيه إذا روى عن أهل بلده، والصواب ما ذكرت لك إن شاء الله.

وقد روى هذا الحديث، عن إسماعيل بن عياش، عن الزبيدي، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ. ولو صح عن إسماعيل، لكان حسنا لكن أهل العلم بالحديث يقولون: إنه إنما رواه، عن ابن أبي ذئب، ولم يروه عن الزبيدي، وقد أوضحت لك أصل روايته في هذا الحديث، عن ابن أبي ذئب، إلا أنه قد روى عن ابن أبي ذئب، من وجه صالح حسن غير هذا الوجه.

حدثنا عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا محمد بن إبراهيم، قال: حدثني يحيى بن أبي طالب الأنطاكي، وجماعة من أهل الثقة، قالوا: حدثنا عبدالله بن نصر الأصم الأنطاكي، قال: حدثنا شبابة، قال: حدثنا ابن أبي ذئب، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، وأبي سلمة بن عبدالرحمن، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن، الرهن لمن رهنه، له غنمه وعليه غرمه».

ورواه عن شبابة هكذا جماعة. وأما رواية ابن عيينة لهذا الحديث متصلا عن زياد بن سعد، فإن الأثبات من أصحاب ابن عيينة يروونه عن ابن عيينة، لا يذكرون فيه أبا هريرة، ويجعلونه عن سعيد مرسلا. وهذا الحديث عند أهل العلم بالنقل مرسل، وإن كان قد وصل من جهات كثيرة، فإنهم يعللونها وهو مع هذا حديث لا يرفعه أحد منهم، وإن اختلفوا في تأويله ومعناه، وبالله التوفيق.

قَالَ مَالِك: وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ فِيمَا نُـرَى، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، أَنْ يَرْهَنَ الرَّجُلُ الرَّهْنَ عِنْدَ الرَّجُلِ بِالشَّيْءِ، وَفِي الرَّهْنِ فَضْلٌ عَمَّا رُهِنَ بِهِ، فَيَقُولُ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ: إِنْ جِئْتُكَ بِحَقِّكَ إِلَى أَجَلٍ، يُسَمِّيهِ لَهُ، وَإِلا فَالرَّهْنُ لَكَ بِمَا رُهِنَ فِيهِ. قَالَ: فَهَذَا لا يَصْلُحُ، وَلا يَحِلُّ، وَهَذَا الَّذِي نُهِيَ عَنْهُ، وَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهُ بِالَّذِي رَهَنَ بِهِ بَعْدَ الأَجَلِ، فَهُوَ لَهُ، وَأُرَى هَذَا الشَّرْطَ مَنْفُوسخًا.

الشرح: قوله: «**لا يغلق الرهن**»[1] معناه، والله أعلم، لا يمنع من فكه، وذلك أنه نهى عن عقد يتضمن ذلك، وعن استدامته إن عقد على وجه يتضمن، فإن وقع، فقد قال: يرهن الرهن فى دينه على هذا الشرط، لا يصلح ولا يحل، يريد فى مسألة الكتاب، وهو فى دين ثابت.

ومثل ذلك أن يبيعه ثوبًا بمائتى درهم إلى أجل، ثم يرهنه به رهنًا، على إن جاءه بالثمن إلى ذلك الأجل، وإلا فالرهن له بذلك الثمن، فالبيع صحيح، والرهن فاسد، وله إن قبضه البائع حكم الرهن، رواه ابن حبيب عن ابن القاسم.

قال مالك فى المدونة: ومعنى ذلك أن البيع سلم من هذا الشرط، والرهن على هذا الوجه ينقض من قرض كان أو من بيع.

ووجه ذلك ما احتج به مالك من النهى عنه، والنهى عنه يقتضى فساد المنهى عنه، ولأنه فى القرض تارة يكون بيعًا، وتارة يكون قرضًا، وهو إذا كان الدين من بيع أو من قرض بمعنى فسخ دين فى دين، وذلك يمنع صحة ما عملا عليه من غلق الرهن، وهو بيعه بالدين الذى رهن به.

مسألة: فأما إن كان ذلك فى بيع انعقد على هذا الشرط بأن يبيعه ثوبًا بمائة درهم إلى أجل على أن يرهنه به دابة على إن جاء بالثمن إلى ذلك الأجل، وإلا فالدابة عوضًا من الثوب، فإن هذا البيع فاسد؛ لأن البائع لا يدرى بما باع ثوبه بالمائة درهم أو بالدابة، فينقض البيع والرهن، ما لم يفت الثوب، فيمضى الثوب بالقيمة، ويبطل الأجل وشرط الرهن.

---

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٧٩/٨: لا يغلق الرهن، برفع القاف على الخبر، أى ليس يغلق الرهن، ومعناه لا يذهب ويتلف باطلا، والأصل فى ذلك الهلاك، والنحويون يقولون غلق: إذا لم يوجد له تخلص. وقال: قال أبو عبيد: لا يجوز فى كلام العرب أن يقال للرهن إذا ضاع: قد غلق، إنما يقال: قد غلق إذا استحقه المرتهن فذهب به. قال: وهكذا كان من فعل أهل الجاهلية، فأبطله النبى ﷺ بقوله: «لا يغلق الرهن».

مسألة: وإن حل الأجل، ولم يفسخ الرهن إلى ربه، وأخذ المرتهن دينه، سواء تغير قبل الأجل بزيادة أو نقصان، أو حوالة أسواق، أو لم يتغير وللمرتهن أن يحبسه بحقه، وهو أحق به من الغرماء؛ لأنه على ذلك أخذه، وإنما معنى قوله: «**أنه يفسخ**» أنه إن كان ما عليه مؤجلاً إلى سنة أنه يفسخ قبل السنة، وهذا كله قول مالك فى المدونة.

قال القاضى أبو الوليد: وعندى أنه يجب أن يفسخ غلاقه، وأما أن يؤخذ من المرتهن، ويبقى دينه دون رهن، فلا.

مسألة: فإن لم يرد بعد الأجل، وما يقرب منه حتى تغيرت أسواقه، أو تغير بزيادة أو نقصان، لزمه بقيمته، ويقاص بثمنه من دينه، ويترادان الفضل، قاله مالك فى المدونة.

ومعنى ذلك عندى أن البيع إنما وقع فيه يوم حل الأجل، فإن فات بعد ذلك، فقد فات بيد المبتاع فى البيع الفاسد.

قال مالك فى المدونة: وهذا فى السلع والحيوان، وأما فى الدور والأرضين، فإن حوالة الأسواق، وطول الزمان لا يفيتها، وترد إلى الراهن؛ لأنه بيع فاسد محرم، وإنما يفيتها الهدم والبنيان والغرس، سواء تهدمت بفعل المرتهن أو بفعل غيره.

مسألة: فإن فات الرهن بعد الأجل بيد المرتهن على وجه يلزمه، فقد قال ابن عبدالحكم، ورواه ابن عبدوس عنه: عليه قيمته، قيل يوم فات، وقيل يوم حل الأجل، وهو قول مالك فى المدونة. قال ابن عبدوس: وقول ابن عبدالحكم أحب إلىَّ.

وجه ذلك أنه قبض الرهن على وجه البيع، فلذلك روعيت قيمته يوم الفوات؛ لأن حكم الرهن كان أحق به بعد الأجل، وقبل الفوات، وإليه كان يرد لو ظهر عليه.

ووجه القول الثانى، وهو الأظهر عندى أنه يوم الأجل مقبوض للبيع، ولو لم يكن مقبوضًا للبيع لما فات بتغير الأسواق، ولا زيادة ولا نقصان، ولذلك يضمن بعد الأجل ضمان ما بيع بيعًا فاسدًا دون ضمان ما يغاب عليه من الرهن.

مسألة: وروى ابن الماجشون عن الدراوردى، عن الزهرى، عن ابن المسيب، عن النبى ﷺ مثله. وزاد فيه: «هو من صاحبه الذى رهنه له غنمه، وعليه غرمه». ومعناه عند مالك وأصحابه: له غلته، وخراج ظهره، وأجرة عمله، وعليه غرمه، أى نفقته، وليس يريد به الهلاك والمصيبة؛ لأن الغنم إذا كان الخراج والغلة، كان الغرم ما قابل

ذلك من النفقة، وهو نحو ما روى عنه ﷺ أنه قال: «الرهن محلوب ومركوب»(*) أى غلته لربه، ونفقته عليه، لا يمنعه كونه رهنًا من صرف هذه المنافع إلى مالكه الراهن أو غيره.

وقد رأيت للشيخ أبى إسحاق نحو هذا التفسير فيه، ولا يجوز ذلك للمرتهن؛ لأنه زيادة فى القرض وعوض مجهول فى المبايعة. وقال الشيخ أبو بكر: معنى قوله: «له غنمه» أى منفعته، ولم يرد ملكه؛ لأن الملك لم يزل عن الرهن وغرمه، أى نفقته وتلفه إذا ثبت تلفه من الراهن.

وقال بعض المالكيين: معنى قوله: «له غنمه» أى رجوعه إليه ويرجع رب الحق عليه بحقه. وذلك معنى قوله: «**إن غرمه عليه**»، يريد أن الغرم الذى رهن من أجله عليه كما كان رجوع الرهن إليه، والله أعلم وأحكم.

* * *

القضاء فى رهن الثمر والحيوان

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: فِيمَنْ رَهَنَ حَائِطًا لَهُ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى، فَيَكُونُ ثَمَرُ ذَلِكَ الْحَائِطِ قَبْلَ ذَلِكَ الأَجَلِ: إِنَّ الثَّمَرَ لَيْسَ بِرَهْنٍ مَعَ الأَصْلِ إِلا أَنْ يَكُونَ اشْتَرَطَ ذَلِكَ الْمُرْتَهِنُ فِى رَهْنِهِ، وَإِنَّ الرَّجُلَ إِذَا ارْتَهَنَ جَارِيَةً، وَهِىَ حَامِلٌ أَوْ حَمَلَتْ بَعْدَ ارْتِهَانِهِ إِيَّاهَا: إِنَّ وَلَدَهَا مَعَهَا(١).

قَالَ مَالِك: وَفُرِقَ بَيْنَ الثَّمَرِ وَبَيْنَ وَلَدِ الْجَارِيَةِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ بَاعَ نَخْلا قَدْ أُبِّرَتْ، فَثَمَرُهَا لِلْبَائِعِ إِلا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ». قَالَ: وَالأَمْرُ الَّذِى لا اخْتِلافَ فِيهِ عِنْدَنَا أَنَّ مَنْ بَاعَ وَلِيدَةً أَوْ شَيْئًا مِنَ الْحَيَوَانِ، وَفِى بَطْنِهَا جَنِينٌ أَنَّ ذَلِكَ الْجَنِينَ لِلْمُشْتَرِى اشْتَرَطَهُ الْمُشْتَرِى أَوْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ، فَلَيْسَتِ النَّخْلُ مِثْلَ الْحَيَوَانِ، وَلَيْسَ الثَّمَرُ مِثْلَ الْجَنِينِ فِى بَطْنِ أُمِّهِ(٢).

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٥١١. الترمذى حديث رقم ١٢٥٤. أبو داود حديث رقم ٣٥٢٦. ابن ماجه حديث رقم ٢٤٤٠. أحمد فى المسند حديث رقم ٧٠٨٥.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٠٣.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٠٦/٢٢.

قَالَ مَالِك: وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضًا أَنَّ مِنْ أَمْرِ النَّاسِ أَنْ يَرْهَنَ الرَّجُلُ ثَمَرَ النَّخْلِ وَلا يَرْهَنُ النَّخْلَ، وَلَيْسَ يَرْهَنُ أَحَدٌ مِنَ النَّاسِ جَنِينًا فِي بَطْنِ أُمِّهِ مِنَ الرَّقِيقِ، وَلا مِنَ الدَّوَابِّ(٣).

الشرح: قوله: **«من رهن حائطًا إلى أجل، فأثمر الحائط قبل الأجل، فإن ذلك الثمر لا يكون رهنًا مع الحائط»**.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: معناه لا يكون للثمرة حكم الرهن، ولا يكون المرتهن أحق بها من الغرماء، وذلك أن النماء من الرهن على ضربين، أحدهما: أن يكون من غير جنس الأول كثمرة النخل وعسل النحل وغلة الزرع والرباع وغلة العبيد وسائر الحيوان، فهذا كله لا يكون رهنًا مع الأصل ما حدث منه بعد عقد الرهن.

فأما الثمرة، فسواء حدثت بعد العقد أو كانت موجودة حين الرهن، مزهية أو غير مزهية، قاله ابن القاسم وأشهب.

---

(٣) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٠٧/٢٢، وقال: لم يختلف قول مالك وأصحابه أن ما تلده المرهونة فهو رهن معها، وأن الثمرة الحادثة ليست برهن معها، وأن الثمرة مع الأصل، لا مع الاشتراط. وقال الليث بن سعد: إذا كان الدين حالا دخلت الثمرة فى الرهن، وإذا كان إلى أجل، فالثمرة إلى صاحب الأصل. وروى عنه أنه لا تدخل فيه إلا أن تكون موجودة يوم الرهن فى الشجر.

وقال الشافعى: لا يدخل الولد الحادث، ولا الثمرة الحادثة فى الرهن، كما لا يدخل مال العبد عند الجميع إذا رهن العبد.

وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد: إذا ولدت المرهونة بعد الرهن دخل ولدها فى الرهن، وكذلك اللبن، والصوف وثمر النخل، والشجر. وهو قول الثورى، والحسن بن حى. وبه قال أبو جعفر الطبرى، قال: وكذلك الغلة والخراج، كل ذلك داخل فى الرهن بغير شرط.

قال أبو عمر: قد أوضح مالك وجه الصواب فيما ذهب إليه فى هذه المسألة.

وأما الشافعى، فحجته أن الثمرة لما لم تدخل فى بيع الأصل إلا بالشرط دل على أنها شىء آخر غير الأصل، ولا تدخل فى الرهن إلا بالشرط بعد ظهورها، والأمة لا يصح رهن جنينها فى بطنها، فإذا ولدت، فهو مباين لها، لم يقع عليه الرهن، فهو للراهن.

وأما أبو حنيفة، فقاسه على المكاتبة التى ولدها مثلها إذا ولدته بعد الكتابة، ولا فرق عنده بين الثمرة والولد، لأن ذلك كله نمى من الأصل. والاحتجاج بمذاهبهم فيه تشعيب، والأصل ما ذكرته لك.

وقال أبو حنيفة والثورى: إن اللبن والصوف وثمر النخل والشجر ما حدث من ذلك بعد الرهن، فهو فى الرهن، وكذلك الغلة والخراج.

والدليل على ما نقوله أنه نماء حادث من غير جنس الأصل، فلم يتبعه فى عقد الرهن. أصل ذلك مال العبد.

مسألة: وأما أصواف الغنم وألبانها، فلا تتبع أيضًا إذا حدثت بعد عقد الرهن، أو كانت غير كاملة، فأما إن كانت كاملة يوم عقد الرهن، فقد قال ابن القاسم: يلحقها حكم الرهن. وقال أشهب: لا يكون رهنًا إلا بالشروط.

وجه قول ابن القاسم أنه متصل بالحيوان اتصال خلقة، قد كمل، ويتبع فى البيع بمجرد العقد، فكذلك فى الرهن كأعضاء الحيوان.

وقد قال بعض القرويين فى النخل ترهن وفيها ثمرة يابسة: يجب أن تكون للمرتهن على قول ابن القاسم كالصوف التام.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى أن الثمرة اليابسة لا تتبع فى الرهن؛ لأنها لا تتبع فى البيع بخلاف الصوف؛ لأنا الصوف لا يخلو منه الحيوان، ويؤخذ منه على سبيل الإصلاح له، فأشبه جريد النخل. وأما الثمرة، فمن غير جنس الأصل ومقصودة بالغلة، تخلو منها الشجرة فى بعض أوقاتها، وذلك حكم رطبها ويابسها.

ووجه قول أشهب ما احتج به من أن هذه غلة، فلم تتبع الأصل فى الرهن بمجرد العقد كاللبن فى ضروع الغنم.

مسألة: وأما غلة الدرو المكتراة، وغلة العبيد والدواب، فلا يكون شىء من ذلك رهنًا مع الرقاب، وكذلك العبد لا يتبعه فى الرهن إلا بالشروط، قاله مالك.

فإن شرطه، جاز ذلك، وإن كان مجهولاً كما يجوز فى البيع، فإن شرطه، ففى كتاب محمد: لا يكون له ما أفاد بعد الرهن؛ لأنه غلة. قال فى كتاب ابن عبدوس: ولا ما وهب له. قال فى الكتابين: إلا أن يربح فى المال الذى شرطه، فهو كماله.

مسألة: ويجوز ارتهان مال العبد دونه، فيكون له معلومه ومجهوله يوم الرهن، إن قبضه، قاله مالك فى المجموعة.

وجه ذلك أن الغرر والمجهول يصح ارتهانه كما يصح إفراد الثمرة التى لم تؤبر بالارتهان.

فصل: وقوله: «**ومن ارتهن جارية، وهي حامل، أو حملت بعد الرهن، فإن ولدها معها**» وقد تقدم أن النماء على ضربين، وقد تقدم الكلام فيما ليس من جنس الأصل. وأما ما كان من النماء من جنس الأصل كالولد. زاد الشيخ أبو بالقاسم: وفراخ النخل والشجر، فإن جميع ما تلده الأمة بعد عقد الرهن يكون رهنًا معها دون شرط، خلافًا للشافعي.

وجه ذلك أنه من جنس الأصل، فأشبه سمنها.

ومن ارتهن عبدًا، فولد للعبد من أمته، فقد قال الشيخ أبو إسحاق: الولد رهن مع أبيه دون أمه.

وجه ذلك أن أمه مال للعبد، فلا تكون رهنًا معه بمجرد العقد، والولد نماء من جنس الأصل، فكان تبعًا له في الرهن.

فرع: ولو شرط في الأمة أنها رهن دون ما تلده، لم يجز ذلك، قاله مالك في المدونة. وقال في المجموعة: لا يرتهن الجنين دون الأم، وليس الولد كالثمرة.

وجه ذلك أنه جزء معين من الجارية، فلم يجز أن ينفرد بالرهن كيدها أو عضو من أعضائها. وقال أحمد بن ميسر: يجوز أن يرتهن ما تلده هذه الجارية ، أو هذه البقرة، أو هذه الغنم، كما يرتهن العبد الآبق والجمل الشارد، ويصح ذلك بالبعض، فإذا ولدت الغنم كان الولد رهنًا، وقاله الشيخ أبو بالقاسم في تفريعه.

مسألة: وأما ما ولدته قبل الرهن، فقد روى أشهب عن مالك في العتبية: يجوز أن يرتهن ولدها، وتباع مع ولدها، فيكون المرتهن أولى بحصتها من الثمن، ويحاص الغرماء في حصة الآبق.

وروى أبو زيد عن ابن القاسم في وصيف يوضع رهنًا، قال: أمه تكون معه في الرهن، يريد لا يفرق بينهما في المكان. وأما أن يتعلق بها حكم الرهن، فلا.

قال أبو إسحاق: لا يرهن الصبي حتى يثغر كما لا يجوز بيعه حتى يثغر، إلا أن يرهن مع أمه.

فصل: وقوله: «**وفرق ما بين الثمرة، وولد الجارية أن رسول الله ﷺ قال: «من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع». قال: والأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا أن من باع جارية أو شيئًا من الحيوان، وفي بطنها جنين أن ذلك**

للمشترى، وإن لم يشترطه» فهذا على ما قال فرق بين الثمرة المؤبـرة والجنـين، وحجـة من أراد إلحاق أحدهما بالآخر، وأن يجعل الثمرة المأبورة تتبع فى الرهن كما تتبع الجنين.

وأما الثمرة التى ليست بمؤبرة، فخارجة عن ذلك؛ لأنها تتبـع النخـل فـى البيـع، وإن لم يشترطها المبتاع، فهى فى البيع بمنزلة الجنين، وفى الرهن مخالفة للجنين.

والفرق بين الرهن والبيع، أن البيع ينقل المبيع عن ملك البائع، فكانت غلته للمبتـاع، والرهن لا ينقل الرهن عن ملك الراهن، فبقيت غلته له، والجنين لما كان من جنـس أمـه تبعها فى الرهن، و البيع كسمنها، لم ينفصل عنها فى بيع، ولا رهـن، قـال مـالك، فـى جرح المرتهن، يؤخذ له الأرش: أنه للمرتهن فى رهنه.

فصل: وقوله: **«ويبـين ذلـك أن مـن أمـر النـاس أن يرهـن الرجـل ثمـر النخـل دون الأصل، ولا يرهن أحد جنينا دون أمه»** وهذا أيضًا فرق بين الثمرة المأبورة وبين الجنـين، إذا سلم له.

وإن قلنا إنه يصح إفراد الثمرة التى لم تؤبر بالرهن أو ثمـرة نبتـت فـى المسـتقبل فـى نخله، وهو الظاهر من المذهب، فقد قال ابن القاسم: يجوز ارتهانها سنين.

وقال ابن المواز: يجوز أن يرهـن الثمـرة قبـل أن تكـون طلعًـا. وقـال أشـهب: يجـوز ارتهان الدار، فهذا فرق واضح بين الثمرة والجنين. والفرق بينهما ما قدمناه.

وإذا لم يسلم له ما ادّعاه فى الجنين، فلا يصـح هـذا الفـرق إلا علـى أصلـه ومذهبـه دون مذهب من خالفه، وجمع بينهما فى أن يتبعها الأصل فى الرهن أو لا يتبعانـه، وقـد اختلف فيما قاله مالك من ذلك.

فرع: وإذا قلنا إنه يجوز ارتهان الثمرة التى لـم يبـد صلاحهـا دون الأصـول، فإنـه لا يكون الحرز فيها إلا بقبـض الأصـول، ومـن ارتهـن زرعًـا فـى أرض دون الأرض، فـإن حيازته بقبض الأصول، قاله ابن القاسم فى المدونة، وقـال: فـإن فلـس فـالثمرة والـزرع للمرتهن دون الشجر والأرض، فإن ذلك للغرماء، قال: وذلك أنه لا يمكنه قبـض الثمـرة إلا بقبض الأصل.

وجه ذلك أن قبض الرهن مبنى على منع الرهن منه جملـة، فـلا يبقـى لـه فـى الرهـن تصرف بوجه، وذلك أن الرهن يبطل بتعـذر الحيـازة، ويبطـل بعـد صحـة الحيـازة بعـدم الحيازة، فكان القبض فيه مخالفًا للقبض فى البيع، إذ لم يبطل بعـدم القبـض، وإنمـا يبطـل

بعدم إمكانه، فحكم القبض في الرهن أشد منه في الهبة؛ لأن الهبة إذا صحت بالحيازة لا تبطل برجوعها إلى يد الواهب، والرهن يبطل برجوعه إلى يد الراهن، فلم يصح حيازته إلا بمنع الراهن منه لكل وجه.

* * *

القضاء فى الرهن من الحيوان

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: الأمْرُ الَّذِى لا اخْتِلافَ فِيهِ عِنْدَنَا فِى الرَّهْنِ أَنَّ مَا كَانَ مِنْ أَمْرٍ يُعْرَفُ هَلاكُهُ مِنْ أَرْضٍ أَوْ دَارٍ أَوْ حَيَوَان، فَهَلَكَ فِى يَدِ الْمُرْتَهِنِ وَعُلِمَ هَلاكُهُ، فَهُوَ مِنَ الرَّاهِنِ، وَإِنَّ ذَلِكَ لا يَنْقُصُ مِنْ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ شَيْئًا(١).

الشرح: قوله: «**ما كان من أمر يعرف هلاكه**» يريد أن يكون ذلك غالب أمره أن ضياعه يعرف ويشتهر، ولا يغاب عليه كالأرض والدور والحيوان، فإن هذا لا يمكن إخفاؤه بالمغيب عليه، والستر له.

قال مالك: وكذلك الزرع والثمرة فى رءوس النخل، وهذا على ما قال، وأما الأرض، والرباع كلها، وأصول الشجر مما لا ينقل ولا يحول، فأمرها ظاهر، يعلم صدق مدعى ضياعها من كذبه. وأما الحيوان، فإن ادعاء إباق العبد، وهروب الحيوان، أمر لا يكاد المرتهن أن يقيم به بينة؛ لأن هذا يكون كثيرًا فى وقت الغفلة، وفى حين لا يمكن إقامة البينة به.

قال مالك: لأن الأصل ما أخذه عليه على غير الضمان حتى يتبين كذبه، وذلك مثل ما قال أشهب، إذا زعم أن الدابة انفلتت منه، أو العبد كابره بحضره جماعة من الناس، فينكرون ذلك، فلا يصدق إلا أن يكون الذين ادّعى عليهم غير عدول، فلا يصدقون، والقول قوله. قال ابن المواز: وهذا مذهب مالك وأصحابه فيما لا يغاب عليه.

ووجه المشهور من قول مالك أنهم إذا كانوا غير عدول: لم يثبت كذبه، وكان على أصله فى التصديق، وانتقاء الضمان؛ لأنه على ذلك أخذه، فوجود غير العدول كعدمهم فيما يتعلق بالحكم له وعليه.

مسألة: وأما فى الموت، ففى كتاب ابن المواز عن مالك: يصدق إلا أن يظهر كذبه بدعواه ذلك بموضع لا يعلم أهله ذلك. ومعنى ذلك أنه يصدق إذا ادعى فى الفيافى

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٠٤.

والقفر، بحيث لا يكون به من يعرف به صدقه أو كذبه، فإن كان فى القرى، وحيث يكون الناس، فإن كان فى موضع يكون فيه أهل العدل، ولم يعلم أحد منهم موت ذلك [......](١).

مسألة: ولو قال: ماتت دابة، لا نعلم لمن هى، ففى المجموعة: فوصفوها إن عرفوا الصفة، أو لم يصفوها، قبل قوله: أنها هى، ويحلف.

وجه ذلك أن هذا المقدار من العلم، هو الذى يعلم أهل الجهة التى ماتت الدابة بها، فإذا عدم ذلك، علم كذبه فيما زعمه من موته، وليس كل من رأى دابة ميتة سأل عمن ملكها، ولا يتبين صفتها، بل يصرف بصره عنها، ويسرع المشى فى البعد عنها، فلا يتبين كذب مدعى ذلك فى عدم المعرفة بهذا المعنى منها.

فصل: وقوله: «**وإن ذلك لا ينقص من حق المرتهن شيئًا**» يريد أن حق المرتهن على الراهن بكماله لا ينقص منه لأجل ما ذهب من الرهن بيده؛ لأن ضمان ما لا يغاب عليه إذا رهن من راهنه، وبه قال الأوزاعى، ورواه يحيى بن كثير عن على رضى الله عنه. وقال ابن أبى ليلى وأبو حنيفة والثورى: الرهن كله من ضمان المرتهن.

وروى القاضى أبو الفرج عن ابن القاسم فيمن ارتهن نصف عبد، وقبضه كله، وتلف عنده: أنه لا يضمن إلا بصفة، وهذا موافق لما قاله أبو حنيفة فى ضمان المرتهن لما لا يغاب عليه، إلا أنه عند أبى حنيفة مضمون بقدر الدين دون قيمته.

والدليل على ما نقوله أن ما لا يضمن بقيمته لا يضمن بقيمة غيره كالوديعة. وقد قال فى كتاب ابن المواز: قلت: ففى أى موضع يكون الرهن بما فيه إن ضاع؟ فقال: فيما يغاب عليه، ولا يعلم له قيمة، ولا صفة لقول الراهن ولا المرتهن، ولا غيرهما، فهذا لا طلب لأحدهما على الآخر.

وقد كان القياس يحتمل أن يجعل قيمته من أدنى الرهن، وقد ذكر لى ذلك عن أشهب، وما قلت لك أولاً هو قول العلماء، وأحقه بحديث النبى ﷺ الرهن بما فيه.

قال أبو الزناد: وفى الحديث: إذا عميت قيمته، وهذا الذى ذكره لا يثبت عن النبى ﷺ فيه شىء، ولا له أصل، وإنما هو قول جماعة من الفقهاء أن الرهن يضمن منه قدر الدين، وما زاد على ذلك من قيمته، فهو أمانة، وهو قول ابن أبى ليلى والثورى وأبى حنيفة.

---

(١) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

وروى عن محمد بن الحنفية عن على بن أبى طالب رضى الله عنه، وما روى فوت هذا من قول أصحابنا فى معنى قوله: «الرهن بما فيه» هو قول الفقهاء السبعة إنما ذلك إذا جهلت صفاته، ولم يدع معرفة ذلك راهن ولا مرتهن، وهو قول الليث بن سعد، وبلغنى عن على بن أ بى طالب رضى الله عنه.

وقد قال مالك: الرهن بما فيه إذا ضاع عند المرتهن ما يغاب عليه، وكانت قيمته بقدر الدين، وسيأتى ذكره، إن شاء الله عز وجل.

قال مالك: وَمَا كَانَ مِنْ رَهْنٍ يَهْلِكُ فِى يَدِ الْمُرْتَهِنِ، فَلا يُعْلَمُ هَلاكُهُ إلا بِقَوْلِهِ، فَهُوَ مِنَ الْمُرْتَهِنِ، وَهُوَ لِقِيمَتِهِ ضَامِنٌ، يُقَالُ لَهُ: صِفْهُ، فَإِذَا وَصَفَهُ، أُحْلِفَ عَلَى صِفَتِهِ وَتَسْمِيَةِ مَالِهِ فِيهِ، ثُمَّ يُقَوِّمُهُ أَهْلُ الْبَصَرِ بِذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ عَمَّا سَمَّى فِيهِ الْمُرْتَهِنُ، أَخَذَهُ الرَّاهِنُ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِمَّا سَمَّى، أُحْلِفَ الرَّاهِنُ عَلَى مَا سَمَّى الْمُرْتَهِنُ، وَبَطَلَ عَنْهُ الْفَضْلُ الَّذِى سَمَّى الْمُرْتَهِنُ فَوْقَ قِيمَةِ الرَّهْنِ، وَإِنْ أَبَى الرَّاهِنُ أَنْ يَحْلِفَ، أُعْطِيَ الْمُرْتَهِنُ مَا فَضَلَ بَعْدَ قِيمَةِ الرَّهْنِ، فَإِنْ قَالَ الْمُرْتَهِنُ: لا عِلْمَ لِى بِقِيمَةِ الرَّهْنِ، حُلِّفَ الرَّاهِنُ عَلَى صِفَةِ الرَّهْنِ، وَكَانَ ذَلِكَ لَهُ إِذَا جَاءَ بِالأَمْرِ الَّذِى لا يُسْتَنْكَرُ.

قَالَ مَالِك: وَذَلِكَ إِذَا قَبَضَ الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ وَلَمْ يَضَعْهُ عَلَى يَدَىْ غَيْرِهِ[١].

الشرح: قوله **«وما كان من رهن يهلك بيد المرتهن، فلا يعلم هلاكه إلا بقوله، فهو من المرتهن»** يريد أنه مما يغاب عليه، ولا يكاد أن يعلم هلاك ما كان من جنسه إلا بقول من هو بيده كالثياب والعروض والعنبر والحلى والطعام، وغير ذلك مما يكال أو يوزن، فهذا وما أشبه يوصف بأنه مما يغاب عليه، وهذا الجنس من الرهون إذا ضاع المرتهن، فلا يخلو أن تقوم بضياعه بينة، أو لا تقوم بذلك بينة.

فإن قامت به بينة، فعن مالك فى كتاب ابن المواز فى ذلك، روايتان، إحداهما: أنه لا يضمن، وبها قال ابن القاسم وعبد الملك وأصبغ، واختارها ابن المواز. والثانية: يضمن فى الرهن والعارية، وهو مذهب الأوزاعى فى الرهن، وبه قال أشهب.

وجه الرواية الأولى أن ما لا يغاب عليه من الرهون لا يضمن، وإنما يضمن ما يغاب

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٠٩/٢٢.

عليه لحاجة الناس إلى الرهون والإقراض والشراء بالدين، وما يغاب عليه، يدعى فيه الضياع على وجه لا يعلم فيه كذب مدعيه غالبًا، فيبرأ من ضمانه، فإذا لم تقم له بينة بهلاكه كان عليه ضمانه كما ألزم الكرى ضمان ما ينفرد بحمله من الطعام لما خيف من تسرع أمثاله إلى أكله حفظًا للأموال، ولذلك سقط عنه الضمان فيما لا يغاب عليه من الحيوان، وإذا كان يسقط عنه الضمان فى الحيوان وإن تلف بغير بينة لما كان الغالب من أمره ظهوره، فبأن يسقط عنه الضمان فيما يغاب عليه إذا قامت عليه بينة أولى وأحرى.

ووجه الرواية الثانية أن ما يغاب عليه من الرهون حكمها الضمان، وعلى ذلك أخذت، فاستوى فيها ثبوت إتلافها ببينة، أو خفاء ذلك، كالرهن مما لا يغاب عليه لما قبض على غير الضمان استوى فيه ثبوت ذلك أو خفاء ذلك.

فرع: وإذا قلنا برواية ابن القاسم، وقامت بينة بهلاك ما يغاب عليه من الرهون من غير تضييع من المرتهن، ففى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك: لا يضمن، وكذلك لو رهنه رهنًا فى البحر فى المركب، فيغرق المركب أو يحترق منزله أو يأخذه لصوص منه بمعاينة فى ذلك كله.

فرع: وإذا جاء المرتهن بالرهن، وقد احترق، و قال: وقعت عليه نار، فلا يصدق، وهو ضامن إلا أن تقوم عليه بينة أو يكون الاحتراق أمرًا معروفًا مشهورًا من احتراق منزله أو حانوته، فيأتى ببعض ذلك محترقًا، فإنه يصدق، رواه ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم.

ومعنى ذلك أن الرجل قد يدعى احتراق الثوب يكون عنده بما لا يعلم سببه، مثل أن يقول وقع فى نار أو جاورته نار، لم تعد إلى غيره، أو تعدت إلى يسير يخفى مثله، أو يدعى احتراق ذلك بما يعلم سببه كاحتراق المنزل أو الحانوت، فإذا كان مما لا يعلم سببه، فهو ضامن، وإن جاء به محروقًا إلا أن تقوم بينة بما يدعيه، وإن كان مما قد علم كاحتراق منزله أو حانوته، فلا يخلو أن يثبت أن ذلك الثوب كان فيما احترق من حانوته أو منزله، أو لا يثبت ببينة.

فإن ثبت ذلك ببينة، فلا خلاف فى تصديقه، سواء أتى ببعض ذلك محروقًا أو لم يأت بشىء منه، وادعى احتراق جميعه، فظاهر المسألة أنه غير مصدق.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى أنه إذا كان مما جرت العادة

برفعه من الرهن فى الحوانيت حتى يكون متعديًا بنقله عنه كأهل الحوانيت من التجار الذين جرت عادتهم بارتهان الثياب، ورفعها فى حوانيتهم، لا يكادون ينقلون شيئًا من ذلك عنها، فإنى أرى أن يصدقوا فيمًا يدعون من احتراق ذلك فيما عرف، وشوهد من احتراق حانوته، وقد أفتيت بذلك فى طرطوشة عند احتراق أسواقها، وكثرت الخصومة فى مثل هذا، وأنا معهم بها، وغالب ظنى أن بعض من كان هناك من طلبة العلم أظهر إلىّ رواية عن ابن أيمن بمثل ذلك، والله أعلم.

وهذا وإن كان الراهن إنما قبض الرهن على الضمان، فإن معناه عند ابن القاسم خوف ضمان التعدى، وأنه غير مصدق فيما يدعى من ضياعه، لا بضمان أثبته الشرع بمقتضى الرهن، فإذا كانت له شبهة من احتراق حانوته، وكان هذا الرهن مما جرت العادة بحفظه فى حانوته، كان القول قوله فيما ادعاه من كونه فيه حين احتراقه.

مسألة: وإذا أتى المرتهن بالرهن، وهو ساج، قد تأكله السوس، فلا ضمان عليه، ويحلف ما ضيعه، ولا أراد فيه فسادًا، وإن كان أضاعه، ولم ينظر فى أمره حتى أصابه بسببه أن يكون فيه شيء، رواه فى العتبية عيسى عن ابن القاسم عن مالك.

وقال الشيخ أبو إسحاق: إذا تأكلت الثياب عند مرتهنها أو قرضها الفأر أو ما أشبه ذلك، فإن كان أضاعها، ضمن، وإلا لم يضمن. وقال ابن القاسم: يضمن.

مسألة: وأما إن تلف بغير بينة، فلا خلاف فى المذهب فى أنه مضمون خلافًا لسعيد بن المسيب والزهرى وعمرو بن دينار فى قولهم: إن الرهن كله أمانة، ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه، وبه قال الشافعى.

والدليل على ما نقوله إن قبض ما يملك، فمنفعته للقابض مؤثرة فى الضمان كالشراء.

مسألة: والرهن مضمون على حكم الارتهان فى الضمان من حين يقبضه المرتهن إلى أن يرده إلى راهنه، ففى العتبية من رواية يحيى فيمن سألك سلفًا، فأعطاك به رهنًا، فتلف الرهن قبل أن يصل السلف إلى الراهن، فإن المرتهن يضمنه؛ لأنه لم يأخذه إلا بمعنى الاستيثاق، ولو دفع الراهن إلى المرتهن ما على الرهن من الدين، ثم تلف الرهن بيد المرتهن، فقد قال فى المدونة فيمن ارتهن رهنًا بدين، فاستوفاه، ثم ضاع الرهن عنده بعد ذلك: فهو ضامن لقيمته.

ووجه ذلك أنه مقبوض على حكم الرهن، فلا تأثير فيه لقضاء ما عليه من الدين،

وكذلك لو كان عليه مائة، فأداها كلها إلا درهمًا واحدًا، ثم ضاع الرهن، لم ينقصه ما أدى من ضمان الرهن شيئًا، ولو كان له فيه تأثير؛ لوجب أن ينقص من ضمان الرهن بقدر ما أدى من دينه، وأيضًا فإن الرهن مضمون بقيمته، ولو كان الدين بضمانه تعلق، لكان مضمونًا بدينه.

مسألة: ولو كان لك عليه دين، وله بيدك رهن، فوهبته الدين، ثم ضاع عندك الرهن، ففى العتبية والمجموعة عن ابن القاسم وأشهب: أنك تضمنه ونحوه فى المدونة.

ووجه ذلك ما قدمناه من أنه مقبوض على حكم الرهن، فبراءة الراهن مما رهن به لا تغير حكمه فى الضمان كما لو قضاه ذلك.

فرع: وهل للواهب الرجوع فى هبته؟ قال أشهب: يرجع الواهب فيما وضع من حقه ليقاصه به فى قيمه الرهن، فإن بقى له منه شىء، لم يكن له قبضه، وإن بقى عليه من قيمة الثوب شىء، أداه، قال: لأنه لم يضيع حقه ليتبع بقيمته.

مسألة: وأى وقت يراعى فى قيمته؟ فى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: يضمن قيمة ما يغاب عليه من الرهن من حلى وثياب وغيره يوم الضياع، لا يوم الرهن. وقال فى موضع آخر: يضمن قيمته يوم ارتهنه.

وجه القول الأول أنه ليس بمضمون عليه من يوم الرهن، ولذلك لو قامت بينة، لم يضمنه، فلذلك كانت قيمته يوم ضاع؛ لأنه حينئذ ضمنه.

ووجه القول الثانى أنه إنما يضمن بالقيمة، فذلك روعيت قيمته يوم القبض، وهو معنى قولنا: يوم الراهن. وقال أصبغ فى الواضحة، ما معناه: أنه يراعى قيمته يوم الضياع، فإن جهلت، فقيمته يوم الرهن.

فرع: وهذا إذا لم يقوم الرهن يوم الارتهان، وأما لو قوم الرهن بعشرة دنانير، فضاع، فتلك القيمة تلزمه، إلا أن يكون قد زادا فى قيمته أو نقصا، فيرد إلى قيمته إذا علم بذلك، قاله فى العتبية.

ووجه ذلك أن تقويمهما للرهن عند الراهن اتفاق منهما على قيمته، وإقرار بذلك، فيحملان على ذلك، إلا أن تثبت الزيادة فى ذلك أو النقصان، فيحملان عليه بعد الضياع، ويمنعان من إقراره على ذلك قبل الضياع.

مسألة: ومن رهن عند رجل رهنًا، ثم رهن فضله الآخر، قال ابن القاسم: لا يضمن

الأول منه إلا قدر حقه من قيمته، وهو فى باقيه أمين، ولا ضمان على الثانى. وقال أشهب: ضمانه كله من الأول.

وجه قول ابن القاسم أن رضا المرتهن الأول بارتهان الثانى الفضلة، نقل لها إلى حكم الأمانة، فلا ضمان عليه فيها، ولا ضمان على المرتهن الثانى فيها؛ لأنه رهن على يد أمين، فلا يضمنه المرتهن.

ووجه قول أشهب أنه قد قبضه على وجه الرهن، فلا ينتقل منه برهن غيره إلا بقبضه منه كما لو قضاه ما عليه من الدين لم ينتقل إلى حكم الأمانة والوديعة.

والفرق بينهما على رأى ابن القاسم، أن المرتهن إذا قبض ما على الرهن من الدين، وطلب صاحبه قبضه، فهو عنده على ذلك الحكم حتى يقتضيه أو يوافقه على أنه عنده على حكم الوديعة، فيقره عنده على ذلك، فينتقل إلى حكم الوديعة أو يبيعه منه، فينتقل إلى حكم المبيع، والذى أباح له أن يرهنه غيره، فقد صرح بأنه عنده على حكم الأمانة، ولم يبقه عنده على الحكم الذى كان عليه قبل ذلك، فكان بمنزلة أن يقبض ما عليه من الدين، ويقول له: هذا رهنك، فاقبضه، فيقول: اتركه لى عندك وديعة، فهذا لا خلاف فى انتقاله إلى حكم الوديعة.

مسألة: ولو شرط فيما يغاب عليه أن لا يضمنه، وأن يقبل قوله فيه، فقد قال ابن القاسم: شرطه باطل، وهو ضامن. وقال ابن البرقى عن أشهب: شرطه جائز، وهو مصدق فى الرهن والعارية، قال ذلك كله ابن المواز.

وجه القول الأول أن الشرط إذا نعقد على نقل ضمانه من محله، لم ينقله، ويبطل الشرط؛ لأن مقتضى العقد فى هذا أقوى من الشرط، وهذا حكم الضمان فى سائر العقود إنما يثبت بقبضها، لا تأثير للشرط فى ذلك، وإنما يؤثر فيما اختلف قول مالك فيه فى محل الضمان كالمبيع الغائب، وما جرى مجرى ذلك لتردد الضمان عنده بين المحلين بأصل العقد، فلذلك كان للشرط فيه تأثير، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**يقال له صفه، ثم يحلف على صفته، ويسمى ماله فيه**» إلى آخر الفصل معناه إن لم يختلف الراهن والمرتهن فى صفة الرهن الذى تلف، ولزم المرتهن ضمانه، إما لتعديه أو لعدم البينة على ضياعه، أو لأن ذلك حكم ما يغاب عليه من الرهون، على رواية أشهب عن مالك.

فإن اتفقا على صفة الرهن، حكم بقيمة تلك الصفة، وإن اختلفا فى صفته وقيمته

وصفة المرتهن، وحلف على ذلك، وعلى ماله فيه، يريد إن اختلفا فى قدر الدين، قال: ثم يقوم بتلك الصفة، فإن كان فى القيمة فضل، أخذه الراهن، وإن كان نقص حلف الراهن على ما سمى، وبطل عنه ما زاد على قيمة الرهن، فإن نكل أدّى ما زاد على قيمة الرهن.

ووجه ذلك أن المرتهن غارم، فالقول قوله فيما ينكره مما يدعيه عليه الراهن من صفة الرهن، ويحلف مع ذلك على ما قابله فيه من الدين؛ لأن القول قوله فى قدر الدين إلى منتهى قيمته تلك الصفة، فلذلك جمعت له يمينه ما يستحقه بيمينه فى هذه الحكومة، فإن حلف، فكان فى القيمة فضل على الدين، أدى الفضل إلى الراهن.

وإن كان فى الدين فضل على القيمة، حلف الراهن على ما سماه المرتهن من دينه؛ ليسقط عن نفسه فضل منه على قيمة رهنه، إن كان ما أقر به من الدين أقل من قيمة السلعة.

مسألة: ولو اختلفا فى قيمة الرهن وصفته، واتفقا فى قدر الدين، فقال الراهن: قيمة الرهن عشرون دينارًا، وقال المرتهن قيمته ثلاثون دينارًا، واتفقا على أن الدين عشرة، ففى المجموعة من رواية ابن وهب عن مالك: يحلف المرتهن ما قيمته إلا ثلاثة دنانير، ويسقط من الحق بقدرها.

ومعنى ذلك أن يرجع المرتهن على الراهن ببقية قدر الدين، وذلك سبعة دنانير؛ لأن الراهن قد أقر أن الدين عشرة، فإن أثبت أن قيمة الرهن ثلاثة دنانير بيمين المرتهن، أدى باقى الدين سبعة دنانير وهذا مبنى على أن الدين لا يشهد لقيمة الرهن.

ووجه ذلك أن الرهن مبنى على أنه لا يراعى قيمته يوم الرهن، وإنما يراعى يوم يحتاج إلى بيعه، ولذلك يرتهن ما لا قيمة له الرهن كالثمرة التى لم تؤبر، وتلف الرهن قبل وقت بيعه، فلذلك لم يشهد الدين بقيمته.

وقد روى أبو زيد فى سماعه عن أصبغ فيمن رهن رهنًا بألف دينار، فقضاها، ثم أخرج إليه المرتهن ثوبًا قيمته دينار واحد، وقال الراهن: رهنتك ثوبًا، وشيئًا، ووصف ثوبًا قيمته ألف دينار، أن القول قول الراهن إذا تفاوت الأمر هكذا.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندى ليس من باب شهادة الرهن، وإنما هو من باب أن يدعى ما لا يشبه، ويدعى صاحبه ما يشبه، فالقول قول مدعى ما يشبه، إلا أن هذا نوع من شهادة الدين للرهن، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو نكل المرتهن عن اليمين، ففى المجموعة من رواية ابن وهب عن مالك: يحلف الراهن أن قيمة رهنه عشرون دينارًا، ويحط عنه للدين عشرة، ويأخذ عشرة بقية قيمة رهنه. وروى ابن حبيب عن أصبغ مثله. ووجه ذلك ما قدمناه. **«وإن أبى الراهن أن يحلف، أعطى المرتهن ما فضل بعد قيمة الرهن»**، يريد أن الراهن لما نكل عن اليمين بعد ما ردت عليه بقدر الرهن من القيمة ما أقر به المرتهن، فيعطى الراهن المرتهن ما فضل من دينه عن قيمة الرهن، والله أعلم وأحكم.

فصل: قوله: **«ولو قال المرتهن: لا علم لى بقية الرهن، حلف الراهن على صفته، وكان ذلك إذا جاء بالأمر الذى لا يستنكر»** يريد أن يأتى بما يشبه من صفة ما يرهن فى مثل ذلك الدين، وما يكون له من القيمة فيما يقرب منه على ما جرت عادة الناس فى الرهون، وإنما راعى فى ذلك الأمر الذى لا يستنكر؛ لأن المرتهن لم ينكل عن اليمين، ولا ادعى الجهل بصفة الرهن على الإطلاق، وإنما ادعى الجهل بتحقيق الصفة على وجه يحلف عليها، ويكون ذلك صفتها على حقيقتها.

فإذا أتى الراهن بصفة تبعد عن مقدارها عنده كان له الرجوع إلى أن يصفها بصفة لا شك أنها أفضل من صفة الراهن، وهى دون الصفة التى وصفها بها الراهن بكثير، سقط عن نفسه ما يستنكره من الثمن، ولو سمع وصف الراهن، ثم نكل، هو عن اليمين، ورد اليمين عليه لكان للراهن ما حلف عليه، ولم يعتبر عليه فى ذلك ما يستنكر؛ لأن المرتهن قد رضى بذلك حين رد عليه اليمين بعد العلم بتلك الصفة، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وقول مالك: **«وذلك إذا قبض المرتهن الرهن، ولم يضعه على يد غيره»** يريد أن المرتهن إنما يضمن الرهن الذ يغاب عليه على الوجه المذكور إذا كان هو الحائز له.

وأما إذا كان موضوعًا على يد غيره بحكم حاكم أو باتفاق الراهن والمرتهن، فلا ضمان على المرتهن فى ضياعه، وإن لم تقم بذلك بينة، وأما سائر ما تقدم من قوله فى شهادة قيمة الرهن بقدر الدين، فيحتمل أن يتناوله هذا الشرط على قول أصبغ، ويحتمل أن لا يتناوله على قول ابن المواز، وسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وفى ذلك ستة أبواب، الباب الأول: فى وجوب الحيازة للرهن، وكونها شرطًا فى صحته أو إتمامه. والباب الثانى: فى صفة الحيازة وتمييزها مما ليس بحيازة. والباب

الثالث: فيمن يكون وضع الرهن على يده حيازة، وتمييزه من غيره. والباب الرابع: فيمن يوضع على يديه الرهن عند اختلاف المتراهنين. والباب الخامس: فيمن يقوم بالرهن، ويلى الإنفاق عليه والاستغلال له. والباب السادس: فى حكم العدل الذى يوضع علَىَ يده الرهن.

الباب الأول: فى وجوب الحيازة للرهن وكونها شرطًا فى صحته أو إتمامه

ليس من شرط الرهن السفر خلافًا لمجاهد فى قوله: لا يصح الرهن إلا فى السفر. والدليل على ما نقوله أن كل وثيقة صحت فى السفر، فإنها تصح فى الحضر كالكفالة، ولا يتم له حكم الرهن إلا بالحيازة له، قال الله تعالى: ﴿**فرهان مقبوضة**﴾ [البقرة: ٢٨٣] فجعل ذلك من صفات الرهن اللازمة له، وذلك بمعنى الشرط فيه، فصار حكم الرهن متعلقًا بالرهن المقبوض.

وإذا أقر الرهن بيد الرهن، وأشهد عليه أن لا يبيعه ولا يهبه، ولم يطلبه منه، فليس برهن حتى يقبضه منه المرتهن أو وكيله، أو من تراضيا به، رواه ابن وهب عن مالك فى المجموعة؛ لأن الله تعالى وصف الرهان بأنها رهان مقبوضة، ولا يقع اسم القبض على ما يبقى بيد الراهن، وأن كل ما جعلت الحيازة شرطًا فيه، لم يكن إلا بمعنى القبض كالهبة.

مسألة: ولا يكفى من حيازته الاتفاق على الإقرار بذلك حتى تشهد البينة على معاينة ذلك، قاله ابن الماجشون فى الموازية والمجموعة، وهو مذهب مالك، أن حق الغير متعلق به حين الحاجة إلى الحكم بكونه رهنًا بعد موت الراهن أو فلسه، وقت تعلق الغرماء به، وأما قبل ذلك، فلا حاجة لهما إلى ذلك، ولا يمتنع عليهما بصحته بكل وجه.

مسألة: ولو مات الراهن أو أفلس، ووجد الرهن بيد المرتهن أو بيد الأمين الموضوع على يده، ففى الموازية والمجموعة عن عبدالملك: لا ينفع ذلك حتى تعلم البينة أنه حازه قبل الموت والفلس. قال ابن المواز: صواب لا ينفعه إلا معاينة الحوز لها حين الارتهان.

ووجه ذلك أنه قد وجد بيده بعد الموت أو الفلس، ولما كان من شرط ثبوت حكم الرهن له قبضه وحيازته قبل تعلق حق الغرماء به، لم يحكم له بذلك إلا بعد ثبوت الشرط فى وقته وقبل فوته.

قال أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى لو ثبت أنه وجد بيده قبل الموت والفلس،

ثم أفلس أو مات الراهن لوجب أن يحكم له بحكم الرهن والله أعلم، ولعله أن يكون هذا معنى قول محمد: لا ينفعه إلا بمعاينة الحوز، بمعنى كون الرهن بيده في وقت يصح فيه الحوز، وظاهر اللفظ يقتضي أن لا ينفع هذا حتى يعاين تسليم الراهن له إلى المرتهن على هذا الوجه، وهو وجه محتمل، ويتعلق به أحكام سنوردها، وننبه عليها في مواضعها، إن شاء الله تعالى.

الباب الثاني: في صفة الحيازة وتمييزها مما ليس بحيازة

فأول ذلك أن الرهن يلزم بمجرد القول خلافًا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: لا يلزم إلا بالقبض.

قال القاضي أبو محمد: والدليل على ذلك قول الله تعالى: ﴿**فرهان مقبوضة**﴾ [البقرة: ٢٨٣]، قال: فلنا من الآية دليلان، أحدهما: أنه قال عز من قائل:﴿**فرهان مقبوضة**﴾ فأثبتها رهانًا قبل القبض. والآخر أن قوله: ﴿**فرهان مقبوضة**﴾ أمر؛ لأنه لو كان خبرًا، لم يصح أن يوجد رهن غير مقبوض، ومن قولهم أن الراهن لو جنَّ أو أغمي عليه، ثم أفاق، فسلم، فصح، فيثبت أنه أمر.

ومن جهة القياس أنه عقد وثيقة كالكفالة.

مسألة: وهل يكون من شرط صحة الحيازة للراهن أن يقبضه الحائز لذلك أم لا؟ اختلف أصحابنا فيه، ففي كتاب ابن المواز من رواية ابن القاسم عن مالك فيمن اكترى دارًا أو عبدًا سنة، أو أخذ حائطًا مساقاة، ثم ارتهن شيئًا من ذلك قبل تمام السنة، فلا يكون محوزًا للرهن؛ لأنه يجوز قبل ذلك بوجه آخر.

وفي المجموعة، قال سحنون: ومذهب ابن القاسم أنه يجوز أن يرتهن الرجل ما في يده بإجارة أو مساقاة، ويكون ذلك حيازة للمرتهن كالذي يخدم العبد، ثم يتصدق به على آخر، فحوز المخدم حوز للمتصدق عليه. وقال القاضي أبو محمد: إن رهن عينًا كان غصبها قبل ذلك، صح، وسقط ضمان الغصب.

وجه القول الأول، وهو قول أبي حنيفة أن هذا رهن بقي بيد من استحق قبضه قبل الرهن، فلم يكن محوزًا كما لو بقي بيد الرهن.

ووجه القول الثاني ما تقدم من احتجاج ابن القاسم، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن رهن بيتًا من دار بما يليه من الدار فحازه المرتهن بغلق أو كراء، قال

ابن حبيب عن أصبغ: إن حد له نصف الدار، فهو أحسن، وإن لم يحده، ولكنه رهنه البيت بعينه، ويصف الدار شائعًا، فيحارته للبيت تكفيه، وهي حيازة للجميع، وكذلك في الصدقة، يريد بقوله: فحيازة المرتهن بغلق البيت، أن غلقه للبيت على ذلك الوجه حيازة له، وسائر ما ارتهن من الدار، وأما الكراء، فإنه يشتمل على الجميع.

واختار أصبغ أن يحد له ما احتازه من الدار بحدود تضرب فيه بمعنى القسمة له حتى يتميز الرهن من غيره، لكنه إن حاز البيت أجزأه ذلك، وهو يحتمل وجهين، أحدهما: أن البيت هو معظم الرهن، والباقي تبع له. والثاني: أن يكون ذلك مبنيًا على جواز المشاع مع غير الرهن، ويكون معنى المسألة بقية الدار لغير الراهن.

وفي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم فيمن ارتهن الدار، وفيها طريق للمسلمين يسلكها الراهن وغيره، قال: إذا حاز البيوت، لم يضره الطريق؛ لأنه حق للناس كلهم، فراعى في الحيازة البيوت دون الساحة، ويحتمل ما قدمناه من أنه تبع للبيوت.

مسألة: ويجوز عند مالك رهن المشاع، وبه قال الشافعي، ومنع من ذلك أبو حنيفة. والدليل على ما نقوله أن كل ما صح قبضه بالبيع، صح ارتهانه كالمقسوم.

مسألة: إذا قلنا إنه يجوز رهن المشاع، فلا يجوز من رهن نصف شيء أن يكون باقيه له أو لغيره، فإن كان لغيره، ففي كتاب ابن المواز لأشهب: من كان له نصف عبد أو نصف دابة، أو ما ينقل ويحول كالثوب والسيف، لم يجز له أن يرهن حصته، إلا بإذن شريكه، وكذلك كل ما لا ينقسم؛ لأن ذلك يمنع صاحبه بيع نصيبه، فإن لم يأذن له انتقض الرهن.

فإن أذن له، جاز ذلك، ثم لا رجوع له فيه، ولا له بيعه إلا بشرط أن يبقى جميعه بيد المرتهن إلى الأجل، وكذلك لو كان جميعه على يد الشريك، فأراد الشريك بيع نصيبه على أن يكون جميعه بيده إلى الأجل، جاز، ولا يفسد ذلك البيع، وإن لم يكن بقرب الأجل؛ لأنه باع ما يقدر على تسليمه كالثوب في الغائب.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: وهذا عندي لا يمنع ما ذكر؛ لأن رهن نصيب منه لا يمنعه من بيع نصيبه، إن شاء، بأن يفرده بالبيع أو بأن يدعو الراهن إلى بيع حصته معه على الوجه الذي كان له ذلك قبل الرهن، فإن باعه بغير جنس الدين كان الثمن رهنًا، فإن كان بجنس الدين قضى منه دينه إن لم يأت برهن بدل منه.

قال أشهب فى المجموعة: إلا أن يحتمل ذلك القسمة، فيقسم وتصير حصة الراهن بيد المرتهن أو بيد أمين.

مسألة: وإذا قلنا بجواز ذلك بإذن الشريك أو بغير إذنه، فإن الحوز فيه يكون عند ابن القاسم بأن يحل المرتهن فيه محل الراهن. وقال أشهب وعبدالملك: لا يتم فيه الحوز إلا بأن يجعل جميعه على يدى الشريك. قال أشهب أو غيره: أو بيد المرتهن.

وجه قول ابن القاسم أن هذا رهن لجزء مشاع، فجاز أن يحاز بأن يحل المرتهن فيه محل الراهن مع شريكه كالدار والحمام، وقد جوز ذلك أشهب وعبدالملك فى الدار والحمام، وذكر ذلك عنهما ابن المواز وابن عبدوس، وقالا: وهذه حيازة ما لا يزال به.

مسألة: ولو رهنه عبدًا أو ثوبًا، فإن حيازته قبض المرتهن أو العدل لجميعه، فإن استحق نصفه، ففى الموازية والمجموعة عن أشهب: هو على ما تقدم، إن شاء المستحق أن يكون جميعه بيد المرتهن، فهو جائز، وإن منع من ذلك، وكان واحدًا، لا ينقسم بيع، فأخذ المرتهن ثمن ما للراهن يتعجله من دينه، إن كان من جنس دينه، وإن كان من غير جنسه، مثل أن يكون دينه دراهم، فيباع بدنانير، أو يكون دينه دنانير فيباع بدراهم، وقف رهنًا إلى الأجل.

قال: ولو رهنك النصف ثم أراد بيع النصف الثانى، لم يكن له ذلك حتى يحل الأجل على ما تقدم. ومذهب ابن القاسم أنه يجوز أن يبقى الرهن إلى أجله، ويحوز المرتهن منه النصف الثانى مع المستحق لنصفه، وهو معنى قوله فى المدونة.

فصل: فإن كان جميع الرهن للراهن، فرهن نصفه، فإنه لا يصح الرهن مع بقاء شىء من العبد بيد الراهن، وإنما يصح أن يسلم جميعه إلى المرتهن أو إلى العدل.

مسألة: وأما ما لا ينقل، ولا يحول كالدور والأرضين والرباع، فإنه إن رهنه نصف دار، له جميعها، جاز ذلك.

قال فى كتاب ابن المواز: فيقوم بذلك المرتهن مع الراهن يكريانه جميعًا، أو يحوزانه، أو يضعانه على يدى غيرهما.

وفى المجموعة لابن القاسم عن مالك: إن قبضه أنه يحوزه دون صاحبه، وهذا إن أشار به إلى الجزء الذى ارتهن، فموافق لما فى كتاب ابن المواز، وإن أشار به إلى جميع ما رهن بعضه، فمخالف له. وقد قال أشهب فى المجموعة: لا حيازة فيه إلا بقبضه كله على يد المرتهن أو يد عدل.

ووجه القول الأول أن ما صح أن يكون حيازة فى الهبة، صح أن يكون حيازة فى الرهن كقبض الكل.

ووجه القول الثانى أن الهبة لما كانت لا يطرأ عليها الفساد بعد تمامها بالحيازة، جاز أن يكفى فيها من الحيازة قبض الحصة الموهوبة والرهن بخلاف ذلك؛ لأنه يطرأ عليه الفساد بعد تمامه بالحيازة، فلم تصح حيازته إلا بمنع الراهن منه جملة.

فرع: ولو رهن رجل حصة من دار، ثم اكترى من شريكه حصته، لم يبطل ذلك الرهن فى الحصة التى رهن، وللمرتهن منعه من سكنى الحصة التى اكترى حتى يقاسمه، فيحوز حصة الرهن، قاله ابن القاسم.

وزاد أشهب: ويمنعه القيام بالحصة التى اكترى حتى يجعل ما اكترى من ذلك على يد المرتهن بيده ليتم الحوز.

ووجه ذلك أن ملكه لمنافع حصته من الدار، لا يمنع من صحة حيازة الرهن، كما لم يمنع من ذلك ملكه لمنافع الرهن، وإنما يمنع من ذلك سكناه إياه، وتصرفه فيه؛ لأن هذا لو فعله فى حصة الرهن؛ لأبطل حيازته.

مسألة: ومن صحة حيازة الرهن أن تتصل حيازته على الوجه الذى ذكرناه، فإن أحدث الراهن فيه حدثًا قبل أن يقبضه المرتهن، فكل ما فعل فيه من بيع، أو وطء، أو عتق، أو هبة، أو صدقة، أو عطية، أو غير ذلك نافذًا، إن كان مليًّا، وإن كان معسرًا، لم ينفذ منه إلا أن تحمل الأمة أو يبيعها، رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية.

قال: ولو قام المرتهن بطلب حيازة الرهن قبل أن يفلس الراهن أو يحدث ما ذكرناه، قضى له بذلك. وقال أبو حنيفة: ينفذ عتقه موسرًا كان أو معسرًا. وللشافعى فيه قولان، أحدهما مثل قول أبى حنيفة. والثانى مثل قولنا.

فإن حازه المرتهن على يده أو يد عدل، ثم رجع إلى الراهن بإذن المرتهن بإجارة، أو مساقاة، أو وديعة، أو بغير ذلك، فقد قال ابن القاسم وأشهب فى الموازية وغيرها: قد خرج من الرهن.

قال ابن القاسم: ولو أذن له فى سكنى الدار لخرجت عن الرهن. قال هو وأشهب: ولو أذن له فى زراعة الأرض، فزرعها، وهى بيد المرتهن، فقد خرجت عن الرهن خلافًا للشافعى. ووجه ذلك أنه قد عدت الصفة التى هى شرط فى صحة كونه رهنا وهى الحيازة.

فرع: ولو مات الراهن، فأكرى المرتهن الرهن بعد أن حازه في حياته من بعض ورثته، لم يخرج بذلك عن الرهن، رواه ابن المواز عن ابن الماجشون.

ووجه ذلك أن الرهن لم يرجع إلى الراهن؛ لأن الدين لم ينتقل إلى ذمم الورثة.

فرع: فإن وقع من ذلك ما يبطل الحيازة، ثم المرتهن يريد قام المرتهن يريد رد ذلك، ليصح رهنه، فقد روى ابن المواز وابن عبدوس عن أشهب: له ذلك، إلا أن يفوت بتحبيس، أو عتق، أو تدبير، أو غيره، أو قيام غرمائه. وقال ابن القاسم: إلا في العارية، إلا أن يكون أعاره على ذلك، وقاله أشهب في كتاب ابن المواز في العارية.

وقال بعض القرويين: إنما فرق ابن القاسم بينهما إذا كانت العارية مؤجلة، فليس له ارتجاع الرهن بعد أن يعيره، إلا أن يعيره على ذلك، ولو كانت العارية غير مؤجلة، لكان له أن يأخذ الرهن بعد الأجل كالإجارة.

وروى ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم: أن من جعل على يديه إذا أكراه من الراهن بعلم المرتهن، فقد خرج عن الرهن، وإن سكت حين علم بذلك خرج عن الرهن، ولو أكراه بإذنه، أو ترك الفسخ حين أعلم بذلك، وقد أكراه بغير إذنه، ثم أراد يفسخ ذلك، فليس له ذلك.

وجه قول أشهب أن تأخر قبض الرهن، لا يمنع تلافيه قبل فوته كما لو ترك قبضه وقت الرهن، ثم قام يريد قبضه قبل فوته، فإن ذلك له.

ووجه قول ابن القاسم أن القبض الواجب لحق الرهن قد وجب أولاً، فإذا رده، فقد ترك حقه، ورده، فلا رجوع له فيه.

فرع: فإن فات قبل الارتجاع بعتق، أو تحبيس، أو ما أشبه ذلك، والراهن عديم رد لعدمه، ولا يرد البيع، ولا يجعل من ثمنه الدين، ولا يوضع له الثمن، لأنه قد رده كما لو باعه قبل حيازة المرتهن، قاله أشهب في الموازية.

فصل: وهذا في حيازة الأعيان، وأما الديون، فارتهانها، جائز، قاله مالك، ولا يخلو أن يكون دين له ذكر حق أو دين لا ذكر له، فإن كان دين له ذكر حق، فحيازته أن يدفع إليه ذكر الحق، ويشهد له به، فهذا جوز أن يكون أحق به من الغرماء في الموت والفلس، قاله مالك في الموازية.

ووجه ذلك أن هذا غاية ما يمكن في حيازته.

مسألة: وإن لم يكن للدين ذكر حق، فهل يجزئ فيه الإشهاد؟ قال ابن القاسم فى المجموعة: إن لم يكن فيه ذكر حق، فأشهد، فلا بأس بذلك، ونحوه عن مالك. وقال ابن القاسم أيضًا: إذا لم يكن فيه ذكر حق، لم يجز إلا أن يجمع بينهما، وإذا كان فيه ذكر حق، جاز ذلك، وهو ظاهر قول مالك فى الموازية.

وجه القول الأول أن الإشهاد أقوى من الجمع بينهما، وهو غاية ما يتوثق به ويصرف به المال إلى الموهوب له، وأما الجمع بينهما، فليس فيه أكثر من إعلام الذى عليه الحق، ولا اعتبار برضاه فى ذلك، فلا معنى لإعلامه على معنى الإشهاد.

مسألة: وإذا كان الدين للراهن على المرتهن، فإن كان أجل الدين إلى مثل أجل الذى رهن به أو أبعد منه، جاز ذلك، وإن كان أجل الدين الذى رهن به أقرب، لم يجز ذلك؛ لأن بقاء الرهن بعد محله رهنًا كالسلف، فصار فى البيع بيعًا وسلفًا إلا أن يجعل ذلك بيد عدل إلى محل أجل الدين الذى رهن به، وهذا تفسير قول مالك فى العتبية وغيرها.

ووجه ذلك أن الدين الذى هو الرهن إذا حل الأجل، وكان الأجل إلى شهر، ثم اشترى سلعة، يريد إلى شهرين، على أن يؤخر بدينه الحال أو المؤجل إلى شهر أو شهرين، فهو بيع وسلف، ولو كان الرهن إلى شهرين، فاشترى سلعة إلى شهر، فإنه لا يقضى دينه عند انقضاء أجله، ويبقى الدين الذى هو الرهن إلى أجله، وإن احتيج إلى بيعه على ما بقى من أجله، وليس فى ذلك وجه من وجوه الفساد.

مسألة: ومن تسلف من امرأته دراهم، ورهنها بها خادمًا، فقال ابن القاسم فى الموازية والعتبية: أحب إلىَّ لو جعلاها بيد غيرها. وقال فى موضع آخر: لا يكون ذلك رهنًا.

وقال أصبغ فى الموازية: ذلك حوز لها، وكذلك كل ما فى البيت إلا رقبة البيت، فلا يكون سكناها فيها حوزًا، ويصح أن يكون قولها مبنيًا على صحة اختيار الزوجة ما رهنه الزوج أو منع ذلك، وسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

ويصح أن يكون مبينًا على أن خدمة الزوجة مستحقة على الزوج، والمنزل منزل الزوج، فلا يحاز عند ابن القاسم عنه ما كان فيه بخلاف ما تقدم لأصبغ، والله أعلم.

الباب الثالث: فيمن يصح وضع الرهن على يده

فإذا كان يتيم له وليان، فإن رهن منهما رهنًا بدين على اليتيم، فوضع على يد

أحدهما، ففى كتاب ابن المواز عن عبدالملك: لا يتـم فيـه الحـوز؛ لأن الولايـة لهمـا ولا يحوز المرء على نفسه.

مسألة: ومن ارتهن حائطًا فجعل على يد المساقى فيه أو الأجـير، فليـس برهـن حتـى يجعل على يد غير من فى الحائط، وليجعل المرتهن مع المساقى رجلاً يستخلفه أو يجعلـه على يد من يرضيان به، رواه ابن القاسم عن مالك فى الموازية.

وقال عبدالملك فى المجموعة: إن كان رهن نصفه، لم يجز ذلك فـى الأجير والقيـم، وإن كان رهن جميعه، فهو جائز.

وجه القول الأول أن المساقى، والأجير لما كانا عـاملين لـلراهن كـانت أيديهمـا لـه، فلا تصح الحيازة مع بقاء الرهن بيد الراهن أو بيد من يقوم مقامه كمـا لـو رهـن نصـف الحائط.

ووجه القول الثانى أن يد الأجير إنما نابت عن يد الراهن بأمره، فإذا بقى له أمـر فـى بقائه بيده لبقاء بعضه غير مرهون، لم يجز ذلك، لأنه لا يكون حائزًا محوزًا منه، وإن لـم يبق له فيه شىء، فقد زالت يد الأجير عن جميع الرهن بالأمر الأول، وصار الرهـن بيـده لمعنى آخر.

مسـألة: وهـل يصـح أن يوضـع الرهـن علـى يـد غـير الراهـن، ففـى المجموعـة عـن عبدالملك: إذا وضع الرهن على يد قيم ربه من عبده أو أجيره أو مكاتبه، فإن كان شـيئًا يرهن بعضه، فليس بحوز، وإن رهن جميعه، فذلك حيازة إلا فى عبده، وحوز العبـد مـن سيده الرهن ليس بحوز كان مأذونًا له فى التجارة أو غير مأذون.

وجه ذلك أن يد العبد لسيده، ولا يصح أن يكون الرهن محوزًا مع بقائه بيد الراهن.

مسألة: وأما وضع الرهن بيد زوجة الراهن، ففى كتاب ابن المواز عن أصبـغ: أنـه إن حيز الرهن بذلك عن راهنه حتى لا يلى عليه، ولا يقضى فيه، فهـو رهـن ثـابت. وقـال ابن القاسم فى المجموعة: يفسخ ذلك، ونحوه عنه فى العتبية والموازية.

وجه قول أصبغ أن الزوجة تحوز لنفسها عنه، فكذلك يجوز أن تحوز لغيرها.

ووجه قول ابن القاسم أن المرأة للزوج عليها نوع مـن الحجـر، ولذلـك هـى ممنوعـة فيما زاد على الثلث، فلم تحز الرهن على الزوج كعبده وولده الصغير.

مسألة: وأما وضع الرهن بيد أخى الراهن، ففى العتبية والموازية عـن ابـن القاسـم: لا

ينبغى أن يوضع الرهن على يد أخى الراهن، وذلك لضعفه. وقال ابن القاسم فى المجموعة: أما فى الأخ، فذلك رهن تام.

وجه القول الأول أن الرهن مبنى على منافاة تصرف الراهن، والمعتاد من حال الأخ أن لا يمنع أخاه من مثل هذا، فلذلك ضعفت حيازته.

ووجه القول الثانى، وهو الصحيح أنه مالك لنفسه، بائن عنه بملكه، فأشبه الأجنبى.

مسألة: وأما وضع الرهن على يد ابن الراهن، فلا خلاف فى المذهب أنه إن كان الابن فى حجر، أن ذلك غير جائز. وأما الابن المالك لأمر نفسه، البائن عن أبيه، ففى العتبية والموازية عن ابن القاسم: لا ينبغى أن يوضع على يد ابنه. وقال فى المجموعة: إن وضع على يده، فسخ.

وقال سحنون فى العتبية: هذا فى الصغير، وأما الكبير البائن عنه، فإنه جائز، رواه ابن وهب عن ابن الماجشون فى الابن والبنت، وتوجيه ذلك مبنى على ما تقدم، والله أعلم.

الباب الرابع: فيمن يوضع على يديه الرهن عند اختلاف المتراهنين

فإنه إذا شرط المرتهن كون الرهن على يديه، جاز ذلك، إن كان مما يعرف بعينه كالدور والعقار والحيوان والثياب وغير ذلك مما لا يكال ولا يوزن، فأما الدنانير والدراهم، فلا يجوز ذلك فيها لجواز أن ينتفع بها، فيرد مثلها.

وقال أشهب فى المجموعة: لا أحب ارتهان الدنانير والدراهم والفلوس إلا مطبوعة؛ للتهمة فى سلفها، فإن لم تطبع لم يفسد الرهن ولا البيع، ويستقبل طبعها متى عثر على ذلك، وهذا إذا كان على يد المرتهن دون الأمين، وما أرى ذلك فى الطعام والأدام، وما لا يعرف بعينه، لأنه لا يكاد يخفى التصرف فيه، ويخفى فى العين، فالتهمة فيه أبين.

والذى فى المدونة فى الدنانير والدراهم والفلوس: أنه يجوز ارتهانها إذا طبع عليها، وإلا فلا. قال: وكذلك الحنطة والشعير وجميع ما يكال أو يوزن، إذا طبع عليها، وحيل بين المرتهن وبين الانتفاع به، قال: لأن الطعام يؤكل، والعين تنفق، ويؤتى بمثلها والثياب والحلى لا يؤتى بمثلها؛ لأنها معينة، والله أعلم.

مسألة: وإن شرط كونها على يد أمين لزمهما ذلك أيضًا، ولا يحتاج أن يطبع منها

على ما لا يعرف بعينه، وهو مذهب ابن القاسم وأشهب، فإن لم يشترطا شيئًا، فقد قال محمد بن عبدالحكم: أنهما إذا اختصما فى ذلك، قيل لهما: اجعلاه على يد من رضيتما، فإن لم يجتمعا على الرضى بأحد جعله القاضى عند من يرضاه.

ووجه ذلك أنهما إذا شرطا من يووضع على يده، لزمهما ذلك، وإذا لم يشترطاه، ورضيا به، جاز ذلك؛ لأن الحق فى ذلك لم يخرج عنهما، ولزمهما من رضيا به بعد عقد الرهن كما لزمهما عند عقد الرهن.

وإذا لم يكن شىء من ذلك، فإن النظر فى ذلك من الاختلاف عائد إلى الحكم كما لزمهما عند عقد الرهن.

وإذا لم يكن شىء من ذلك، فإن النظر فى ذلك من الاختلاف عائد إلى الحكم كما اليتيم، لا ولى له، أو مال للغائب، لا وكيل له، ولا يلزم المرتهن أو يوضع ذلك على يده، إذا أباه، قال: لأنه يريد أن يزيل عن نفسه ضمانه، والله أعلم.

مسألة: فإن مات الأمين، فأوصى إلى رجل، لم يكن الرهن على يده، ولكن على يد من يرضى المتراهنان به. قال ابن القاسم فى المدونة: قال أشهب فى المجموعة: وعلى الوصى أن يعلمهما بمؤنه، ثم إن شاء إقراره عنده أو عند غيره، فإن اختلفا فيه، وفى غيره جعل بيد أفضل الرجلين.

الباب الخامس: فيمن يلى الرهن ويقوم به من الإنفاق عليه والاستغلال له

روى ابن حبيب عن ابن الماجشون أن المرتهن يلى كراء الرهن وأحب إلىّ أن يستأمر الراهن إن حضر، فإن لم يأمره مضى ذلك. وقال ابن القاسم: للمرتهن أن يكرى الرهن بغير إذن الراهن، علم أو لم يعلم.

وقال ابن القاسم وأشهب فى المجموعة: إن لم يأمره الراهن بالكراء، فليس له ذلك. وفى العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك: أن المرتهن يلى كراء الرهن بإذن الراهن، وكذلك من وضع على يده يلى ذلك بإذن الراهن.

وجه القول الأول أن عقد الرهن ووضعه بيد المرتهن يقتضى أن يلى كراءه؛ لأن الراهن ليس له ذلك؛ لأن توليه يخرجه عن الرهن، ولا يجوز أن ينعقد الرهن على تضييع الغلة، فاقتضى عقد الرهن أن يلى كراءه من وضع على يده.

ووجه القول الثانى أن عقد الراهن لا يتقتضى حفظ المرتهن للعين التى رهنها، وإنما

يكون ذلك للمرتهن بإذن الراهن، فإذا أذن له فى حفظه، لم يكن له أيضًا أن يلى كراءه واستغلاله إلا بإذنه، وإنما له بعقد الرهن منع الراهن من القيام بذلك كما له بعقد الرهن منع الراهن من القيام بحفظ الرهن.

مسألة: وليس للمرتهن أن يحابى فى كراء الرهن؛ فإن حابى ضمن المحاباة، وقضى الكراء، رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون.

ووجه ذلك أن عقد الكراء إليه، فإذا عقده، لزمه، وعليه أن يستوفى الكراء، فإن حابى بشىء منه، فهو هبة منه للمكترى، فعليه ضمان ذلك القدر الذى حابى به؛ لأن الراهن صار كالمحجور عليه فى كراء الرهن، يلزمه فعل من وضع على يده فيه من العقد، وله الرجوع بما حابى فيه من قيمة منفعته.

مسألة: فإن أراد الراهن أن يعجل الدين ويفسخ الكراء، فإن كانا الكراء بلا وجيبة، لم يكن له فسخه، وإن كان بوجيبة، فللراهن فسخه، وإن كان أجله دون أجل الدين، رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون. قال أصبغ: إن كانت وجيبة إلى أجل الدين وأدون، فليس للراهن فسخه، وإن كانت أبعد من أجل الدين، فله فسخ ما زاد عليه إذ حل الأجل.

وإنما فرق ابن الماجشون بين الوجيبة وغيرها؛ لأن عقد الكراء إذا انعقد على معين يتقدر بنفسه، لم ينفسخ بفوات زمان، وإن أغلق بزمان معين، وقدر بزمان انفسخ بفوات ذلك الزمان.

وجه قول أصبغ أن الكراء على اللزوم، فإذا لزم ما تقدم منه بالعمل فيما لا مضرة فيه على الراهن أو استدام بقاء الدين إلى أجله، فكذلك ما تقدر منه بالزمان. قال أصبغ: ولو كان الدين حالاً، لم أر له أن يكريها بوجيبة طويلة جدًا، فإن فعل، لم يلزم الراهن إذا عجل الدين.

مسألة: فإذا ترك المرتهن أن يكرى الدار حتى حل الأجل، فإن كانت من الدور التى لها قدر كدور مكة ومصر، أو كان العبد نبيلاً، ارتفع ثمنه لخراجه فيدعه لا يكريه، فهو ضامن لأجر مثله.

وإذا لم يكن له كبير كراء، ومثله قد يكرى، ولا يكرى، لم يضمنه، قاله ابن حبيب عن ابن الماجشون. قال أصبغ: لا يضمن فى الوجهين، وكذلك الوكيل على الكراء يترك ذلك، لم يضمن.

وجه قول ابن بالماجشون أن الراهن محجور عليه فى كـراء داره وربعـه الـذى رهنـه، وذلك للمرتهن الذى هو بيده، فإذا ضيعه، لزمه ما ضيع وتعدى بتركه.

وجه قول أصبغ أنه كالوكيل، الذى ليس له فعل إلا بإذن الموكل، فلا يلزمـه ضمـان شىء من ذلك.

مسألة: ولو أكرى الراهن الدار بأمر المرتهـن خرجـت مـن الرهـن. قـال ابـن المـواز: اتفق على ذلك ابن القاسم وأشهب، ولكن يكريه المرتهن بأمر الراهن، قال ابن القاسـم: وكذلك العارية. وقال أشهب: إن أعاره المرتهن بأمر الراهن خرج من الرهن.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ووجه ذلك عندى أن يليه المكترى، ويدخـل معه فيه حتى يصير فى حكم ما هو فى يـده، وقـد قـال فـى المدونـة: إنمـا قلـت أن بيـع الرهن بإذن المرتهن، لا يبطل الرهن إذا باعه فى يد المرتهن، ولو دفعـه إليـه يبيعـه لنقـص رهنه فى قول مالك.

وقال: يجوز إن ارتهن حصة المرتهن من جملة هذا الطعـام، فـإن أراد شـريعه قسـمته، فإن كان الراهن حاضرًا، أمر أن يحضر، فيقاسم شـريكه والرهـن كمـا هـو بديـه، فهـذا وجه ذلك، والله أعلم وأحكم.

ويحتمل الوجه الآخر أنه محجور عليه فى التصـرف فيـه، فعلـى هـذا إنمـا يكـون بيعـه ومقاسمته بمعنى الإذن فيه ومباشـرة المرتهـن لـه، ويحتمـل عنـدى أن يفـرق بينهمـا بـأن المكترى يده يد من أكراه منه.

فإذا باشر الراهن الكراء، فقبضه المكترى انتقض بذلك الرهن؛ لأنه قد قبضه الراهـن، وإذا باشر ذلك المرتهن، فانتقل بكـراءه إلى المكـترى، فلـم يخرج عـن يـده، فبقـى علـى حكم الرهن، ولذلك قال ابن القاسم وأشهب: إن أعاره المرتهن بأمر الراهن خـرج مـن الرهن.

ومعنى ذلك أن يد المستعير يد المعير، وأما فى البيع، فإن باعه الراهـن، وهـو فـى يـد المرتهن انتقل إلى يد المشترى، وقبض المرتهن الثمن، فلم يخرج بذلك عن حكـم الرهـن، وكذلك قسمة الطعام لا تنقل الرهن فى شىء من ذلك إلى يد الراهن، ولا إلى مـن يـده فى حكم يد الراهن، وإنما يبقى بيد المرتهن، فلذلك جاز.

مسألة: وإذا كان الكرم رهنا بيد عدل، فـأتى ربـه بحفـار يحفـره، ففـى العتبيـة، قـال

سحنون: ولا يحضر حفره، ولا يأتى بحفار، وإنما يأتى به المرتهن، وهو يأمر بالحفر، ومن حيث يبدأ وكذلك حرث الأرض، فهذا وجه ما تقدم، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وعمل الحائط على المرتهن، ومرمة الدار، ونفقة العبد وكسوته على الراهن دون المرتهن، رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية.

وجه ذلك أن الملك للراهن دون المرتهن، فعليه أن ينفق، وليس له أن يترك الرهن يخرب ويفسد.

مسألة: وإذا تهورت البئر المرتهنة، فعلى الراهن إصلاحها، رواه يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى العتبية، ومعناه فى المدونة، وإذا غرم المرتهن خراج الأرض المرتهنة، فإن كانت من أرض الخراج رجع على صاحب الأرض، وإن لم تكن من أرض الخراج، لم يرجع عليه بشىء؛ لأنها مظلمة.

وكذا اختران الرهن، إن كان مما يخترن على الراهن، وإن كان مما لا يختزن على الراهن مثله فى العادة كالثوب والعبد، فلا كراء فيه، رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية.

وأما الرهن يحل بيعه، بحيث لا سلطان به، ولا يوجد من يبيعه إلا بجعل، فقد روى عيسى وأصبغ عن ابن القاسم: أن الجعل على من طلب البيع. قال عيسى: وما أرى الجعل إلا على الراهن.

ووجه ذلك أن على الراهن صرف الرهن إلى صفة يقتضى منها المرتهن حقه، فيجب أن يكون جعل صرف ذلك عليه، وإذا مات العبد المرتهن، فكفنه ودفنه على راهنه، قاله مالك فى المدونة.

ووجه ذلك أن هذا من مؤنته، وذلك لازم لمالكه دون مرتهنه.

مسألة: وإذا أنفق المرتهن على الرهن بأمر الراهن، فهو سلف، ولا يكون فى الرهن إلا بشرط، سواء أنفق بإذنه أو بغير إذنه، وليس كالضالة ينفق عليها، فيكون عند مالك أولى بها من الغرماء حتى يستوفى نفقتها؛ لأنه لابد أن ينفق عليها، وليس عليه ذلك فى الرهن؛ لأنه يطلب من الراهن أن يرفع ذلك إلى الإمام فى غيبته، قاله ابن القاسم.

قال أشهب: هو مثل الضالة والرهن بها رهن، وليس للراهن منعه من ذلك؛ لأن الرهن يهلك، إن كان حيوانًا، ويخرب إن كان ربعًا.

مسألة: وهل يلزم الراهن الإنفاق، وإن كان موسرًا، ففى المدونة: من ارتهن زرعًا أو ثمرة، لم يبد صلاحها، فانهارت بئرها، وأبى الراهن أن ينفق عليها، فليس للمرتهن أن ينفق عليها، ويرجع بما أنفق عليها، ولكن يكون ما أنفق فى رقاب النخل حتى يستوفيه، ويبدأ بما أنفق قبل الدين.

وروى عن ابن القاسم فى المختصر من غير المدونة: أن الراهن يجبر على الإصلاح، إن كان مليًّا.

وجه القول الأول أن العين التى ارتهنها قد تغيرت، فليس على الراهن بدلها، كما لو مات الحيوان، إن لم يكن عليه أن يأتى ببدله.

ووجه القول الثانى أن هذه نفقة يحيا بها الرهن، فلزمت الراهن كنفقة الرقيق.

مسألة: وإذا حل الدين، ولم يقض الراهن الدين، فلا يخلو أن يكون عرا الراهن عن شرط أو يكون جعل الراهن بيعه لمن هو بيده، فإن لم يكن فى ذلك شرط، فليس لمن هو بيده بيعه، ويرفع ذلك إلى السلطان، قاله مالك فى المدونة. قال ابن القاسم فى غير المدونة: فإن باعه، ردّ بيعه، قال: ولا يبيعه إلا ربه أو السلطان.

وجه ذلك أنه غير محجور عليه، فلا يلى أحد بيع ماله، إلا أن يأبى من الحق، فيبيعه عليه السلطان.

مسألة: فإن كان شرط له بيعه عند الأجل، ففى المدونة: أنه إن كان الراهن قد شرط إن لم يأت بالدين إلى الأجل، والذى هو بيده مسلط على بيعه، فإن مالكًا، قال: لا يبيعه إلا بأمر السلطان.

زاد ابن القاسم عن مالك فى العتبية وغيرها: كان على يد المرتهن أو يد غيره، وشرط ذلك، فلا يفعل وشدد فيه. وروى عبدالرحمن بن دينار عن ابن نافع: ما أرى بيعه جائزًا إلا بأمر السلطان، وإن شرط ذلك.

وقال عيسى: قال ابن القاسم مثله، وبهذا قال الشافعى: أنه لا يصح توكيله على بيعه. وحكى القاضى أبو محمد عن المذهب أنه يكره، ويصح كالوكالة. قال ابن القاسم: وبلغنى عن مالك أنه قال: فإن باعه نفذ البيع، ولم يرد، فات أو لم يفت، كان له بال أو لم يكن، إذا أصاب وجه البيع؛ لأنه بيع بإذن ربه.

وروى ابن المواز عن أصبغ عن ابن القاسم أنه قال: يمضى ذلك إلا أن يكون مما له

بال كالدور والأرضين والرقيق والحيوان وما له بال فى القدر أيضًا، فليرد إن لم يفت، فإن فات أمضى إلا أن يعلم له صفة تساوى أكثر مما بيع به، فيضمن الفضل.

قال: وبلغنى ذلك عن مالك. وقال أشهب فى الموازية والمجموعة: أما القصب والقثاء، وما يباع من الثمر شيئًا بعد شىء، فليبع بمحضر قوم كما شرط، وأما الرقيق والدور والثمار، فلابد من السلطان.

وقال أشهب: وهذا بموضع السلطان، وأما بلد لا سلطان به فيه، أو سلطان يعسر تناوله، فبيعه جائز، إذا صح وأمن الغرر.

وذكر الشيخ أبو القاسم هذه الرواية على غير هذا، فحكى عن المذهب، أنه إذا كان اشتراء القصب ونحوه مما لا يبقى مثله، أو ينقص ببقائه، فللمرتهن الموكل على البيع بيعه، وإن كان عرضًا أو ربعًا تكثر قيمته، ولا يضر بقاؤه، فقد كره له بيعه، إلا بإذن الحاكم إذا غاب ربه، وقال أشهب: لا بأس ببيع الربع وغيره.

ووجه القول الثانى أن كل من يصح توكيله على بيع غير الرهن، صح توكيله على بيع الرهن كالأجنبى.

فرع: وإذا أراد الراهن فسخ وكالة الوكيل، فقد حكى الشيخ أبو القاسم والقاضى أبو محمد عن المذهب: ليس له ذلك، إلا بإذن المرتهن. وقال القاضى أبو إسحاق: له ذلك، وبه قال الشافعى.

وجه القول الأول أن هذه وكالة إذا شرطت فى العقد، صارت من موجباته، فلم يكن للراهن فسخها كإمساك الرهن.

وجه الرواية الثانية أنه عقد وكالة، فلم يلزم بالعقد كسائر الوكالات.

مسألة: وبيع الرهن مختلف، قال ابن عبدوس: إذا أمر الإمام ببيع الرهن، فأما اليسير الثمن، فيباع فى مجلس، وما كان أكثر منه، ففى الأيام، وما كان أكثر منه، ففى أكثر من ذلك، وأما الجارية الفارهة والدار والمنزل والثوب الرفيع، فبقدر ذلك حتى يشتهر، ويسعر به، وربما نودى على السلعة الشهرين والثلاثة وكل شىء بقدره.

مسألة: وإذا أمر الإمام ببيع الرهن بغير العين من عرض أو طعام، فقد قال ابن القاسم فى الموازية: لا يجوز ذلك. وقال أشهب: إن باعه بمثل ما عليه، ولم يكن فيه فضل، فذلك جائز، وإن كان فيه فضل، لم يجز بيع تلك الفضلة، والمشترى بالخيار فيما

بقى، إن شاء تمسك، وإن شاء رد؛ لما فيه من الشركة، وإن باعه بغير ما عليه، لم يجز.

* * *

القضاء فى الرهن يكون بين الرجلين

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: فِي الرَّجُلَيْنِ يَكُونُ لَهُمَا رَهْنٌ بَيْنَهُمَا، فَيَقُومُ أَحَدُهُمَا بِبَيْعِ رَهْنِهِ، وَقَدْ كَانَ الآخَرُ أَنْظَرَهُ بِحَقِّهِ سَنَةً، قَالَ: إِنْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَى أَنْ يُقْسَمَ الرَّهْنُ، وَلا يَنْقُصَ حَقُّ الَّذِى أَنْظَرَهُ بِحَقِّهِ، بِيعَ لَهُ نِصْفُ الرَّهْنِ الَّذِى كَانَ بَيْنَهُمَا، فَأُوفِيَ حَقَّهُ، وَإِنْ خِيفَ أَنْ يَنْقُصَ حَقُّهُ، بِيعَ الرَّهْنُ كُلُّهُ، فَأُعْطِيَ الَّذِى قَامَ بِبَيْعِ رَهْنِهِ حَقَّهُ مِنْ ذَلِكَ، فَإِنْ طَابَتْ نَفْسُ الَّذِى أَنْظَرَهُ بِحَقِّهِ أَنْ يَدْفَعَ نِصْفَ الثَّمَنِ إِلَى الرَّاهِنِ، وَإِلا حُلِّفَ الْمُرْتَهِنُ أَنَّهُ مَا أَنْظَرَهُ إِلا لِيُوقِفَ لِى رَهْنِى عَلَى هَيْئَتِهِ، ثُمَّ أُعْطِيَ حَقَّهُ [عَاجِلاً][1].

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن الرجلين يصح أن يرتهنا رهنًا من رجل، فإن رضى الراهن أن يكون بيد أحدهما، فذلك جائز، ويضمن حصته منه، وهو فى باقيه أمين، يضمنه الراهن، قال ذلك ابن القاسم وأشهب.

زاد أشهب فى المجموعة: فإن لم يتراضيا بكونه بيد أحدهما، جعل بيد أمين، ولا يضمنانه. قال ابن القاسم وأشهب: وإن قبضاه من الراهن، ولم يجعلاه بيد أحدهما، ضمناه، وإن جعلاه بيد أمين.

وجه ذلك أنه إنما أسلمه إليهما، فإن انفرد أحدهما بعد ذلك بقبضه، أو اتفقا على وضعه عند من شاءا، فقد تعديا فيه وجعلاه عند من لم يأذن لهما فيه، والله أعلم.

فصل: وقوله: **«فى الرجلين، إذا ارتهنا رهنًا بحق لهما»** ذلك يكون على وجهين، أحدهما: أن يرتهناه فى وقت واحد. والثانى: أن يرتهن أحدهما فضل الآخر، ومسألة الكتاب تقتضى أنهما ارتهناه معًا، ولو ارتهنا رهنًا بدين لهما على رجل، فأنظره أحدهما بحقه سنة، وقام الآخر يطلب تعجيل حقه، فإن كان الرهن لا تنقص قيمته بالقسمة، قال فى الأصل: إن لم تنقص قسمته حق الذى أنظره بحقه، بيع.

وفى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك، وهو فى الموازية والعتبية من رواية

---

(١) ما بين المعقوفتين سقط من أصل الباجى، وما أوردناه من الموطأ، والاستذكار لابن عبد البر.

عيسى وأبى زيد عن ابن القاسم: إن قدر على قسم الرهن بما لا ينقص به حق القائم بحقه، قسم، فبيع لهذا نصفه فى حقه.

قال أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى إنما يراعى فى ذلك إدخال القسمة النقص فى قيمة الرهن، وإذا دخل النقص فى أحد القسمين، فلابد من أن يدخل فى الآخر، فتارةأظهر مراعاة حق القائم، وتارة أظهر مراعاة حق الآخر، ولا المعنى فيهما واحد لاسيما، وقد ثبت فى المسألة أن الرهن بينهما بنصفين.

وقد زاد فى المجموعة والعتبية: أن دينهما سواء، فإذا بيع نصف الرهن، فكان ثمنه قدر الدين قبضه القائم فى حقه، وإن قصر عن الدين طلبه ببقية دينه، ولم يكن له أن يباع شىء من بقية الرهن؛ لتعلق حق صاحبه به، وبقى إلى الأجل الذى أنظره.

وإن لم يكن فيه فضل عن دين الذى أنظره، ولو كان فيه فضل عن دينه، فقد روى عيسى عن ابن القاسم فيمن رهن عبدًا أو دارًا فى دين مؤجل، فقام عليه غريم آخر، قال الشيخ أبو محمد: يريد، وهو معسر، فإن كان فى الرهن فضل عما رهن به بيع، فقضى المرتهن حقه معجلاً، وقضى الغريم الآخر، وإن لم يكن فيه فضل، لم يبع حتى يحل أجل المرتهن، فعلى هذا لا تباع حصة الذى تأجل دينه بما بقى من دين الذى تعجل إلا أن يكون فيها فضل عن دين صاحبه.

وأما إن كان فى حصة الذى تعجل، فقد فضل عن دينه، فإنما يباع منه عندى بقدر الدين المعجل، ولا يكون ما فضل عن الدين رهنًا، ويدفع إلى الراهن؛ لأنه إنما رهن كل واحد منهما نصف الرهن، فلا دخول للآخر فيه، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «**فإن خيف أن ينقص حقه، بيع الرهن كله، فأعطى الذى قام ببيع رهنه من ذلك، أضاف الرهن إلى المرتهن**» لما كان له ثمنه وكان بيده. وقال: إن الرهن كله يباع ويعطى من ذلك، ولم يبين قدر ما يعطى، ولا بيَّن أى قدر يعطى.

وقد بين ذلك فى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك، فقال ابن القاسم: إن القائم يأخذ من نصفه حقه، يريد أنه لا سبيل له إلى النصف الذى هو حصة الذى أنظره من الرهن، وإنما يأخذ دينه من النصف الذى ارتهن، وقد تقدم ذكر ذلك.

فصل: وقوله: «**فإن طابت نفس الذى أنظره بحقه، دفع نصف الثمن إلى الراهن، وإلا حلف ما أنظرته إلا ليوفق لى رهنى**» يريد أنه إن أراد المرتهن أن يدفع إلى الراهن، ثمن نصف الرهن، وهو الذى كان ارتهنه المؤجل بالدين، جاز ذلك؛ لأنه رهن قد

طابت نفسه برده إلى الراهن، وينظره مع ذلك بدينه، «**وإن أبى من ذلك، حلف**» يريد أنه ما أخره إلا ليبقى الرهن وثيقة بحقه، ثم يقتضى من ثمن حصته من الرهن دينه، وهذا إذا بيع الرهن بمثل ما له من الدين، وكان الدين عينًا.

فإن بيع بعين مخالف للعين الذى له، فقد قال أشهب فى العتبية والموازية: يستحق نصفه، ولا ينقسم، ولا يرضى المستحق ببقائه بيد المرتهن: أنه يباع، ويعجل للمرتهن حقه إن بيع بمثل دينه، فإن بيع بدنانير، ودينه دراهم، أو بيع بدراهم ودينه دنانير، وقف للمرتهن ذلك رهنًا إلى الأجل، فيباع حينئذ فى حقه لما يرجى من غلاء ذلك.

ووجهه أنه غير الصفة التى يمكنه أن يقبضها، ويرجو من الربح فى نقلها إلى الصفة التى يستحقها عند حلول أجل دينه ما لا يرجوه الآن، فلم يكن له أن يباع، فيعجل من ثمنه دينه كما لا يجوز ذلك فى غير الرهن.

فصل: «**وإن بيع بقمح وحق المرتهن قمح مثله**» فقد قال ابن المواز: إنه بمنزلة أن يباع بدنانير، ودينه دنانير، أو يباع بدراهم ودينه دراهم. وقال أشهب فى العتبية: أنه إن بيع بشىء من الطعام أو الأدام أو الشراب، وهو مثل الذى له صفة وجنسًا وجودة، فإنى أستحسن أن له تعجيله، وإن أبى صاحبه؛ لأنه إنما يعطيه مثله، إذا لم يعطه إياه، وهذا الذى قاله يقتضى أن يكون هذا حكم كل مكيل وموزون، وما فى حكمهما.

وكذلك قال سحنون فى المجموعة: إن بيع بمثل حقه، فليعجل له، وقال فى موضع آخر إلا أن يكون حقه طعامًا بيع، فيأبى أن يتعجله، فذلك له، فاعتبر فى ذلك رضى الله عنه رضا المرتهن؛ لأن من اشترى طعامًا مؤجلاً، لم يكن للبائع تعجيله قبل وقته بخلاف العين.

مسألة: وإن بيع بطعام مخالف لما له، فقد قال محمد: يوضع رهنًا بيده إلى حلول حقه. وقال أشهب فى العتبية: وكذلك إن بيع بعرض بمثل حقه، أو مخالف له، وضع له رهنًا، وليس تعجيله بغير رضا الراهن.

ووجه ذلك أن ما لا مثل له لا تكاد تصح فيه المماثلة، فقد يجد عند الأجل ما هو أقرب إلى المماثلة أو أيسر عليه فيما يجزئ عنه.

فصل: وقوله: «**ثم يعطى حقه**» على ما تقدم. وقد روى فى العتبية ابن القاسم عن مالك فى مسألة الأصل: يحلف، ويعطى حقه، إلا أن يأتى الراهن برهن فيه، وفاء حق الذى أنظره، فيكون له أخذ الثمن، فبين أن مسألة الأصل إنما هى فى المعسر.

مسألة: ولو كان أصل دينهما من بيع أو قرض أو أحدهما من قرض والآخر من بيع جاز ذلك ما لم يقرضه أحدهما على أن يبيعه الآخر، فلا يجوز، فإن لم يكن بشرط جاز ذلك، قاله ابن القاسم فى المدونة.

مسألة: فإن أقرضاه وارتهنا منه دارًا أو ثوابًا، وقضى أحدهما، خرجت حصته من الرهن، فإن كان دينهما من جنس واحد، وكتباه فى ذكر واحد، لم يكن له أن يقضى أحدهما دون الآخر.

وإن كان دينهما من جنسين، لأحدهما دراهم، وللآخر شعير، جاز لأحدهما أن يقضى دون الآخر، ولو كتباه بغير ذكر واحد، أو يكون الرهن لهما بشىء واحد دنانير كلها، أو قمحا كله أو شيئًا واحدًا، أو نوعًا واحدًا، وإن لم يكتبا به كتابًا، فليس لأحدهما أن يقتضى دون الآخر، وذلك أن ذكر الحق إذا جمعهما أو الرهن، فقد جعلهما مع اتفاق جنس الدين كالشريكين، فلا يقبض أحدهما دون الآخر.

فإن كان دينهما من جنسين مختلفين، انتفت الشركة، وتباينت الحقوق، فلم يمنع أحدهما من قبض حقه.

وكذلك إذا كانا من جنس واحد، ولم يضمنا ما يجمع بينهما بذكر حق ولا رهن، وكتبا حقهما مفرقًا؛ لأن ذلك بمعنى القسمة؛ لأن إفراد ذكر الحق يميز الحق كما يميزه إفراد نفس الحق.

فصل: وأما إذا ارتهن أحدهما بعد الآخر، فهو أيضًا على قسمين، أحدهما: أن يرتهن أحدهما جزءًا من الرهن، ثم يرهن رجلاً آخر باقيه، فإن كان أجل الدينين واحدًا، فحكمه حكم ما رهنا جميعه معًا، وإن كان أجلهما مختلفًا، فحكمه حكم مسألة الكتاب فى الرجلين، ينظر أحدهما، ويتعجل الثانى.

مسألة: وإذا رهن رجل رهنًا بدين له عليه، ثم ادان من آخر، ورهنه فضلة ذلك الرهن الأول، ففى المجموعة عن مالك: ذلك جائز، إن رضى المرتهن الأول، فإن لم يرض، لم يجز، وقاله ابن القاسم وأشهب.

وفى كتاب ابن حبيب عن أصبغ: قال لى أشهب: له ذلك، رضى الأول أو سخط؛ لأنه لا ضرر عليه فى ذلك؛ إذ هو المبدأ.

وقال ابن حبيب: إنما أراد مالك برضا الأول، إن لم يتم الحوز للثانى، و إذا لم يرض

لم يتم، ولا تكون الفضلة له رهنًا، بل هو أسوة الغرماء فيها، وهذا الذى قاله ابن حبيب قد رواه ابن المواز عن ابن القاسم عن مالك فيمن رهن رهنًا وجعله بيد المرتهن، ثم رهن فضله الآخر، لم يجز ذلك إلا أن يحوزه غير الأول؛ لأن الأول إنما حازه لنفسه، فلا يكون رهنًا للثانى.

قال ابن القاسم: إلا أن يرضى الأول، فيحوز ويبدأ الأول، ويكون للثانى ما فضل.

وقال أصبغ: إذا جعل الرهن بيد غير المرتهن، جاز أن يرهن فضله الآخر، وإن أبى المرتهن الأول إذا علم من هو على يده لتتم الحيازة لهما، وقيل عن مالك: حتى يرضى الأول، والقياس ما قلت لك.

وقد روى الشيخ أبو القاسم رواية أخرى فى رهن فضلة الرهن: أن ذلك لا يجوز، وإن أذن فيه المرتهن الأول، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإذا حل أجل دين الثانى قبل الأول، ففى الموازية لأشهب عن مالك أنه قال: إذا لم يعلم الأول أن دين الثانى يحل قبل دينه، بيع الرهن، ويعطى الأول حقه قبل محله، ويعطى الثانى ما فضل عن دينه، ثم إن بيع بمثل حقه أو بخلافه، فقد تقدم فى ذلك قول أشهب وسحنون بما يغنى عن إعادته. وقد قال سحنون فى العتبية: إنما تفسير قول أشهب فى الرهن يستحق نصفه.

فأما مسألة الرهن يرهن فضلته، فيحل حق الثانى، فيباع له، فإنه إذا وقف الأول مقدار حقه، فقد يتغير ما يوقف له حتى ينقص عند الأجل من حقه. قال ابن عبدوس: وكأنه يرى فيما رأيت أنه إن كان إنما يباع بخلاف حق الأول، أن لا يباع إلى أجله؛ لأنه إذا بيع بخلافه وقف الرهن كله، ولم يقض الثانى شيئًا، فلا فائدة فى بيعه.

ومعنى ذلك أن الثانى ليس له إلا ما فضل عن الأول، ولا يعلم ذلك إلا إذا بيع ماله، والله أعلم.

قَالَ يحيى: وسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ فِى الْعَبْدِ يَرْهَنُهُ سَيِّدُهُ وَلِلْعَبْدِ مَالٌ: إِنَّ مَالَ الْعَبْدِ لَيْسَ بِرَهْنٍ إِلا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُرْتَهِنُ(١).

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن من ارتهن عبدًا له مال، فإن مال العبد لا يبيعه فى حكم الراهن؛ لأنه ليس بملك للراهن والراهن إنما يرهنه ما يملكه.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٠٥.

فصل: وقوله: «**إلا أن يشترطه المرتهن**» يريد، فيكون رهنًا مع العبد، وإنما يكون رهنًا مع العبد ماله إلى كان له يوم اشتراطه، قاله مالك فى المجموعة والموازية، أو نماء ذلك المال، فإنه بمنزلة أصله.

ووجه ذلك أن نماء كل مال تبع لأصله فى سائر أحكامه، ولذلك تبعه فى الزكاة، وأما ما أفاد بعد الارتهان، فلا يكون رهنًا معه، وقد تقدم ذكره.

* * *

القضاء فى جامع الرهون

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ فِيمَنِ ارْتَهَنَ مَتَاعًا، فَهَلَكَ الْمَتَاعُ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ، وَأَقَرَّ الَّذِى عَلَيْهِ الْحَقُّ بِتَسْمِيَةِ الْحَقِّ، وَاجْتَمَعَا عَلَى التَّسْمِيَةِ، وَتَدَاعَيَا فِى الرَّهْنِ، فَقَالَ الرَّاهِنُ: قِيمَتُهُ عِشْرُونَ دِينَارًا، وَقَالَ الْمُرْتَهِنُ: قِيمَتُهُ عَشَرَةُ دَنَانِيرَ، وَالْحَقُّ الَّذِى لِلرَّجُلِ فِيهِ عِشْرُونَ دِينَارًا.

قَالَ مَالِك: يُقَالُ لِلَّذِى بِيَدِهِ الرَّهْنُ صِفْهُ، فَإِذَا وَصَفَهُ أُحْلِفَ عَلَيْهِ، ثُمَّ أَقَامَ تِلْكَ الصِّفَةَ أَهْلُ الْمَعْرِفَةِ بِهَا، فَإِنْ كَانَتِ الْقِيمَةُ أَكْثَرَ مِمَّا رُهِنَ بِهِ، قِيلَ لِلْمُرْتَهِنِ: ارْدُدْ إِلَى الرَّاهِنِ بَقِيَّةَ حَقِّهِ، وَإِنْ كَانَتِ الْقِيمَةُ أَقَلَّ مِمَّا رُهِنَ بِهِ، أَخَذَ الْمُرْتَهِنُ بَقِيَّةَ حَقِّهِ مِنَ الرَّاهِنِ، وَإِنْ كَانَتِ الْقِيمَةُ بِقَدْرِ حَقِّهِ، فَالرَّهْنُ بِمَا فِيهِ(١).

الشرح: أكثر ما فى هذا الفصل قد تقدم الكلام عليه، ومعنى ذلك أن الرهن إذا ضاع عند المرتهن، وكان مما يغاب عليه، فلزمه ضمانه؛ لأنه لم يقم بينة بضياعه، أو لأنه يحكم بضمانه له، وإن قامت بذلك بينة على ما رواه أشهب.

فإن اختلفا فى قيمته، وادّعى الراهن من ذلك أكثر مما أقر به المرتهن، قيل للمرتهن: صفه، قال: فإذا وصفه، حلف على تلك الصفة، يريد لأن الراهن خالفه فيها، وادعى أفضل منها، ولو جهل الراهن الصفة، فقد قال ابن حبيب عن أصبغ: إذا وصفه المرتهن، حلف، وإن نكل، بطل حقه، وكان الرهن بما فيه.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أنه لو ادّعى الراهن معرفة الصفة، ونكل المرتهن، حلف الراهن، وقومت الصفة التى حلف عليها.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٤٠٦.

مسألة: فإذا حلف المرتهن على الصفة التى أقر بها، قومها أهل المعرفة، فربما قوموها بأكثر مما أقر به من القيمة، فإن كانت تلك القيمة أكثر من الدين، وذلك على وجهين، أن يكون ما أقر به من قيمتها أو الأكثر من قدر الدين زعم أولاً أن قيمتها أقل من قدر الدين، أو بمثل قدر الدين، لكنه وصفها بعد ذلك بصفة قومت بأكثر من الدين، فهذا يقطع دينه مما لزمه من القيمة.

وقيل: له رد الفضل على الراهن، وإن كانت القيمة أقل من الدين، كان على الراهن أن يوفى بقية الدين، وإن كانت القيمة بقدر الدين، فقد قال: إن الرهن بما فيه، يريد أن هذا من المواضع التى قال فيها من تقدم: الرهن بما فيه، أو أنه يصح أن يحمل قولهم ذلك على هذه المسألة وما أشبهها.

ولو أقر أولا بقيمة الرهن، فلما خالفه فى ذلك الرهن، وصفه بصفة قومت بأقل من القيمة التى أقر بها أولاً، فإن عندى أنه تلزمه القيمة الأولى التى أقر بها، ويحمل ما وصفنا به الرهن مما قصر عن تلك القيمة جحد البعض القيمة بعد الإقرار بها، والله أعلم وأحكم.

قَالَ يَحْيَى: وسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: الأَمْرُ عِنْدَنَا فِى الرَّجُلَيْنِ يَخْتَلِفَانِ فِى الرَّهْنِ يَرْهَنُهُ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، فَيَقُولُ الرَّاهِنُ: أَرْهَنْتُكَهُ بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ، وَيَقُولُ الْمُرْتَهِنُ: ارْتَهَنْتُهُ مِنْكَ بِعِشْرِينَ دِينَارًا، وَالرَّهْنُ ظَاهِرٌ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ، قَالَ: يُحَلَّفُ الْمُرْتَهِنُ حَتَّى يُحِيطَ بِقِيمَةِ الرَّهْنِ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ لا زِيَادَةَ فِيهِ وَلا نُقْصَانَ عَمَّا حُلِّفَ أَنَّ لَهُ فِيهِ، أَخَذَهُ الْمُرْتَهِنُ بِحَقِّهِ، وَكَانَ أَوْلَى بِالتَّبْدِئَةِ بِالْيَمِينِ لِقَبْضِهِ الرَّهْنَ وَحِيَازَتِهِ إِيَّاهُ إلا أَنْ يَشَاءَ رَبُّ الرَّهْنِ أَنْ يُعْطِيَهُ حَقَّهُ الَّذِى حُلِّفَ عَلَيْهِ، وَيَأْخُذَ رَهْنَهُ. قَالَ: وَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ أَقَلَّ مِنَ الْعِشْرِينَ الَّتِى سَمَّى، أُحْلِفَ الْمُرْتَهِنُ عَلَى الْعِشْرِينَ الَّتِى سَمَّى، ثُمَّ يُقَالُ لِلرَّاهِنِ: إِمَّا أَنْ تُعْطِيَهُ الَّذِى حَلَفَ عَلَيْهِ، وَتَأْخُذَ رَهْنَكَ، وَإِمَّا أَنْ تَحْلِفَ عَلَى الَّذِى قُلْتَ أَنَّكَ رَهَنْتَهُ بِهِ، وَيَبْطُلُ عَنْكَ مَا زَادَ الْمُرْتَهِنُ عَلَى قِيمَةِ الرَّهْنِ، فَإِنْ حَلَفَ الرَّاهِنُ بَطَلَ ذَلِكَ عَنْهُ، وَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ، لَزِمَهُ غُرْمُ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْمُرْتَهِنُ(١).

الشرح: وهذا على ما قال أنهما إذا اختلفا فى قدر الدين، فقال الراهن: عشرة، وقال المرتهن: عشرون، والرهن قائم بيد المرتهن، يحلف حتى يحيط بقيمة الرهن، قال: وكان مبدأ باليمين لقبضه الرهن، وحيازته له.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١١٦/٢٢.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وسواء عندى كان بيده أو وضع له على يد عدل؛ لأن يد العدل حائزة للمرتهن. وقد قال ابن المواز: يبدأ المرتهن باليمين؛ لأن الرهن شاهد له، فإن كانت قيمة الرهن عشرين دينارًا، فهو للمرتهن، إلا أن يشاء الراهن أن يعطيه ما حلف عليه، ويأخذ رهنه على ما ذكر مالك فى الأصل.

فصل: «وإن كانت قيمة الرهن أقل من العشرين التى سماها، أحلف المرتهن على العشرين التى سمى» يريد أنه إن كانت قيمة الرهن خمسة عشر، فله أن يحلف على العشرين التى ادّعى. قال ابن المواز: ولو قال المرتهن: لا أحلف إلا على قيمة الرهن؛ لكان له ذلك.

وحكى عبدالحق عن بعض شيوخه القرويين، أنه إنما يحلف المرتهن على خمسة عشر كما لو ادّعى عشرين، وشهد له شاهد بخمسة عشر، فإنه إنما يحلف على الخمسة عشر التى شهد له بها شاهده دون العشرين التى ادّعاها.

وهذا الذى قاله مخالف لنص المذهب على ما ثبت فى الأصل من قول مالك، رحمه الله، ولا أعلم فيه خلافًا بين أصحابنا، إلا ما قاله ابن المواز: أن المرتهن مخير بين أن يحلف على العشرين أو على الخمسة عشر.

والفرق بين الرهن والشاهد، أن الرهن متعلق بجميع الدين، والشاهد لا تعلق له بما لم يشهد به، ألا ترى أن الراهن لو أقر بالعشرين، فإن الرهن يكون رهنًا بجميعها، ولا يختص بقدر قيمتها منها، ولو أقر بتصديق الشاهد لم يكن لشهادته تعلق بغير الخمسة عشر التى شهد بها، فجاز أن يقال أنه يحلف مع الشاهد على خمسة عشر، ويحلف مع الرهن على العشرين التى ادعى.

فرع: فإذا قلنا بالتخيير، فحالف المرتهن على العشرين قيل للراهن: إما أن تحلف، وتسقط عن نفسك الخمسة الزائدة على قيمة الرهن، وإما أن تنكل، فيدفع إليه ما حلف عليه.

وإن حلف المرتهن أولاً على خمسة عشر، فقد قال ابن المواز: يحلف الراهن؛ ليسقط عن نفسه بقية دعوى المرتهن، وهى ما زاد على قيمة الرهن، فإن نكل الراهن، لم يقض للمرتهن بالزيادة على قيمة الرهن لما تقدم من نكوله.

ووجه ذلك أن اليمين وجبت فى الخمسة الزائدة على قيمة الرهن أولاً على الراهن، وكان للمرتهن أن يضيف اليمين فيهما إلى يمينه التى له أن يحلف بها فى الخمسة عشر التى شهد له بها الرهن.

فإن امتنع من ذلك، وحلف على الخمسة عشر، فلا معنى ليمين الراهن؛ لأن المرتهن قد استحق جميعها بيمينه، وشهادة قيمة الرهن، ولو نكل المرتهن على اليمين جملة، حلف الراهن على أن جميع حقه عشرة، فيكون يمينه فى الخمسة التى شهد بها الرهن مردودة عليه؛ لأنها كانت للمرتهن ابتداء بشهادة قيمة الرهن، فلما نكل عنها، ردت على الراهن، وتكون يمينه فى الخمسة الأخرى يمينًا غير مردودة، لأنها عليه ابتداء بمجرد دعوى المرتهن، فإن حلف سقطت عنه العشرة بالوجهين المذكورين، وإن نكل لزمته الخمسة التى ردت عليه فيها اليمين؛ لأن هذا حكم كل من نكل عن يمين، ردت عليه.

وأما الخمسة الأخرى، فإن قلنا إن امتناع المرتهن أولاً من أن يحلف عليها، نكول مؤثر؛ لأنه لا ترتيب بين نكول المدعى ويمين المدعى عليه أو نكوله، فقد سقطت عن الراهن، لوجود نكول المرتهن عن اليمين التى حكمها أن ترد عليه.

وإن قلنا إنه غير مؤثر، وليس له حكم النكول، إلا بعد نكول الراهن لما يلزم بينهما من الترتيب، فإن له أن يحل، فيستحقها، أو ينكل، فتبطل دعواه بها، وبالله التوفيق.

مسألة: وإن كانت قيمة الرهن خمسة عشر دينارًا، فقد روى يحيى عن ابن القاسم إن قال الراهن: أنا أدفع إليك خمسة عشر، وآخذ رهنى، فليس ذلك له إلا أن يدفع عشرين دينارًا. قال ابن نافع: إذا دفع الراهن إلى المرتهن قيمة الرهن، كان الأولى به. قال الشيخ أبو محمد فى نوادره: وهو تفسير قول مالك فى الموطأ.

وجه قول ابن القاسم أن حق المرتهن قد تعلق بجميع قيمة الرهن على نحو ما حلف عليه؛ لأن يمينه لما تعلقت بالعشرين، ولم يكن لها محل من ذمة الراهن، كان محلها الرهن يدل على ذلك، أنها لو زادت قيمة الرهن بعد اليمين، وقبل البيع، كان ذلك كله للمرتهن، فاقتضى ذلك أن يكون أحق بالعين حتى يعطى ما استوجب بيمينه، وذلك العشرون دينارًا.

ووجه قول ابن نافع أن الحق إنما تعلق بقيمة الرهن دون عينه؛ لأن القيمة من جنس حقه دون عين الرهن، فإذا أعطاه الراهن القيمة التى هى من جنس حقه كان له أخذ رهنه.

وفى كتاب ابن عبدوس: إن شاء الراهن أن يعطى ما قال المرتهن، وإلا بعت الرهن ودفعت إليه من ثمنه ما ذكر.

مسألة: ومتى تراعى قيمة الررهن. قال ابن نافع فى النوادر: إن كان الرهن قائمًا،

فقيمته يوم الحكم، وإن هلك، فقيمته يوم قبضه، ورواه عيسى عن ابن القاسم في المدونة. وفي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: أن الرهن يضمن بقيمته يوم الضياع، وقال في موضع آخر: يوم الرهن. فعلى قولنا باعتبار تضمين قيمته يوم الضياع، يجب أن يعتبر بتلك القيمة في مبلغ الدين، والله اعلم.

وجه قول ابن نافع أن الرهن إذا وجد بعينه شهد بقدر الدين لوجوده يوم الحكم، وإذا عدم ضمن لقيمته، فكانت القيمة في ذلك تقوم مقام العين عند وجودها.

فرع: وهذا إذا كان مما يضمنه المرتهن لكونه مما يغاب عليه، فإن كان مما لا يضمنه المرتهن، إما لأنه مما لا يغاب عليه أو لأنه وضع على يد أمين، أو قامت بضياعه بينة، فقد قال ابن المواز: القول قول المرتهن ما كان الرهن قائمًا. وقال أصبغ في العتبية في الرهن يكون على يد أمين، ثم يختلف الراهن والمرتهن في قدر الدين: القول قول الراهن مع يمينه؛ لأنه لم يضع الرهن في يد المرتهن.

وجه قول ابن المواز أنه رهن باق على حكم الرهن يستوفى منه المرتهن حقه، فكان شاهدًا بقدر الدين كالذى يضمن باليد.

ووجه قول أصبغ ما احتج به من أنه غير مسلم إليه، ولا مؤتمن عليه، فلم يشهد لدينه، وهذا التعليل لا يمنع شهادة ما لا يغاب عليه مع بقائه وتسليمه إلى المرتهن.

وإن عللنا بأن ما لا يضمن من الرهون، ولا يشهد قيمته عند ضياعه بقدر الدين، فإن عينه لا تشهد به مع بقائه كالوديعة.

فرع: فإن تلف ما لا يغاب عليه، أو قامت بينة بضياع ما يغاب عليه، ففي العتبية من رواية يحيى بن يحيى وأبي زيد عن ابن القاسم: ليس على الراهن إلا ما أقر به من قليل أو كثير مع يمينه، ولا يعتبر بقيمة الرهن. وجه ذلك أن الرهن قد بطل وحل منه الرهن، فأشبه المداينة دون رهن.

فصل: وقوله: «**ثم يقال للراهن إما أن تعطيه العشرين التي حلف عليها، وتأخذ رهنك، وإما أن تحلف على الذي زعمت أنك رهنته به، وبطل عنك ما زاد المرتهن على قيمة الرهن**» قال ابن المواز: إن كان الرهن يساوى ما قال المرتهن أو أكثر، لم تكن اليمين إلا عليه وحده.

وإن كان لا يساوى إلا ما قال الراهن فأقل، لم يحلف إلا الراهن وحده؛ لأن يمين

المرتهن لا تنفعه، وإن كانت قيمته أكثر مما أقر به الراهن أو أقل مما ادّعاه المرتهن، فهاهنا يحلفان، ويبدأ المرتهن باليمين؛ لأن الرهن شاهد له على قدر قيمته من الدين.

مسألة: ولو اختلفا فى الدين، فقال الراهن: هو بمائة أردب حنطة، وقال المرتهن: إنما ارتهنه بمائة دينار، وقيمة الرهن مائة دينار، قال أصبغ فى العتبية: إن كان قيمة المائة التى أقر بها الراهن أكثر من قيمة مائة دينار، فالراهن مصدق، ويؤخذ منه، فتباع بها الحنطة، فيوفى، وإن كانت أقل، فالمرتهن مصدق كما صدقه فى كثرة النوع.

فصل: وقوله: «**ثم يقال للراهن إما أن تعطيه الذى حلف عليه، وأما أن تأخذ رهنك، وإما أن تحلف على الذى قلت، ويبطل عنك ما زاد على قيمة الرهن**» يريد أن يمينه تسقط عنه ذلك، فإنه إن نكل، لزمه جميع ما حلف عيله المرتهن، وإن كان أضغاف قيمة الرهن، ولو نكل المرتهن، فقد قال ابن المواز: يحلف الراهن، ولا يغرم إلا ما حلف عليه.

وجه ذلك أن يكون المرتهن مضعفًا لدعواه، وما شهد له به الراهن وغيره، فلما حلف الراهن، لم يجب عليه غير ما أقر به.

فصل: وقوله: «**وإن لم يحلف الراهن غرم ما حلف عليه المرتهن**» واضح فى أن المرتهن إنما يحلف أولاً على جميع الحق، ولذلك إذا نكل، ولم ترد عليه اليمين بنكول الراهن عنها، وقد جعل هذا القائل من حجته ما قاله أن اليمين ترد عليه كأنه أمر قد سلم له، قال: ومن عيب هذا القول أنه لو حلف على عشرين، فوجب له أخذ خمسة عشر، ويمين المطلوب على الخمسة الزائدة، فنكل المطلوب، أليس ترد اليمين على الراهن، فيصير يحلف مرتين.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أن المسالة تحتمل قولين، فإن قلنا إن يمين المرتهن أولاً، قدمت على موضعها؛ ليسلم من تكرير اليمين عليه، فيستحق بها وبنكول الراهن بعدها ما زاد على قيمة الرهن؛ لأنه حق اجتمع فيه يمين المدعى ونكول المدعى عليه، فوجب أن يقضى به كما لو تقدم نكول المدعى عليه.

وإن قلنا إن تلك اليمين فيما زاد على قيمة الرهن، ليست لاستحقاق تلك الزيادة، وإنما ليحق المرتهن بها دعواه دون أن يلزمه أو يقتضى منه، فإن نكول الراهن عن اليمين فيما يدعى عليه المرتهن، يقتضى ردّ اليمين على المدعى، وهو المرتهن، فيحلف، ويستحق، بمنزلة ما لو تشهد له شاهد بخمسة عشر دينارًا، وهو يدعى عشرين، فحلف

مع العشرين مع شاهده بخمسة عشر، فإن المدعى عليه يحلف على نفى الخمسة، فإن نكل ردت اليمين على المدعى، فيحلف فى الخمسة يمينًا ثانية يستحقها بها.

فرع: وإذا نكل المرتهن أولاً، ثم نكل الراهن، فقد قال ابن القاسم: حكمهما إذا نكلا مثل حكمهما إذا حلفا، لا يلزم الراهن إلا قيمة الرهن. قال: ولا ألزم الراهن إذا نكل غرم ما ادّعاه المرتهن أولاً؛ لأنه لم يلزم غرم ما زاد على قيمة الرهن حتى ترد اليمين على مدعيها، فلما تقدم نكوله عنها، لم يكن له منها شيء، ويتخرج من هذا صحة ما تقدم فى نكول المدعى قبل نكول المدعى عليه أو يمينه على قول ابن المواز، ولا يبعد هذا.

وقد تقدم فى القول الأول من نكول المرتهن ويمين الراهن، فلا يكون على هذا القول بين نكول المدعى ونكول المدعى عليه أو يمينه ترتيب.

وعلى القول الثانى يكون بينهما ترتيب، ولهذا تأثير فى مسائل كثيرة، وأما إذا تلف الرهن بعد نكول المرتهن، فإنه لا يلزمه إلا ما أقر به من الدين، والله أعلم.

قَالَ مَالِك: فَإِنْ هَلَكَ الرَّهْنُ وَتَنَاكَلا الْحَقَّ، فَقَالَ الَّذِى لَهُ الْحَقُّ: كَانَتْ لِى فِيهِ عِشْرُونَ دِينَارًا، وَقَالَ الَّذِى عَلَيْهِ الْحَقُّ: لَمْ يَكُنْ لَكَ فِيهِ إلا عَشَرَةُ دَنَانِيرَ، وَقَالَ الَّذِى لَهُ الْحَقُّ: قِيمَةُ الرَّهْنِ عَشَرَةُ دَنَانِيرَ، وَقَالَ الَّذِى عَلَيْهِ الْحَقُّ: قِيمَتُهُ عِشْرُونَ دِينَارًا، قِيلَ لِلَّذِى لَهُ الْحَقُّ صِفْهُ، فَإِذَا وَصَفَهُ، أُحْلِفَ عَلَى صِفَتِهِ، ثُمَّ أَقَامَ تِلْكَ الصِّفَةَ أَهْلُ الْمَعْرِفَةِ بِهَا، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ أَكْثَرَ مِمَّا ادَّعَى فِيهِ الْمُرْتَهِنُ، أُحْلِفَ عَلَى مَا ادَّعَى، ثُمَّ يُعْطَى الرَّاهِنُ مَا فَضَلَ مِنْ قِيمَةِ الرَّهْنِ، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِمَّا يَدَّعِى فِيهِ الْمُرْتَهِنُ، أُحْلِفَ عَلَى الَّذِى زَعَمَ أَنَّهُ لَهُ فِيهِ، ثُمَّ قَاصَّهُ بِمَا بَلَغَ الرَّهْنُ، ثُمَّ أُحْلِفَ الَّذِى عَلَيْهِ الْحَقُّ عَلَى الْفَضْلِ الَّذِى بَقِىَ لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَعْدَ مَبْلَغِ ثَمَنِ الرَّهْنِ، وَذَلِكَ أَنَّ الَّذِى بِيَدِهِ الرَّهْنُ، صَارَ مُدَّعِيًا عَلَى الرَّاهِنِ، فَإِنْ حَلَفَ بَطَلَ عَنْهُ بَقِيَّةُ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْمُرْتَهِنُ مِمَّا ادَّعَى فَوْقَ قِيمَةِ الرَّهْنِ، وَإِنْ نَكَلَ، لَزِمَهُ مَا بَقِىَ مِنْ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ بَعْدَ قِيمَةِ الرَّهْنِ(١).

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن المتراهنين إذا تناكلا، وقد ضاع الراهن وكان

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٢/١١٩.

مما يغاب عليه، فقال المرتهن: قيمة الرهن عشرة دنانير، وديني فيه عشرون دينارًا، وقال الراهن: قيمة الرهن عشرون دينارًا، ودينك فيه عشرة دنانير، فإنه يقال للمرتهن صفه؛ لأنه الغارم، فإذا وصفه حلف على تلك الصفة إذا كانت أدون من الذى ادّعاها الراهن، ثم قوم أهل المعرفة تلك الصفة التى حلف عليهما المرتهن، ثم إن كانت تلك القيمة أكثر من العشرين التى ادّعاها المرتهن من الدين، أحلف على ما ادّعى، ثم يعطى الراهن ما فضل من قيمة ارلهن عن دينه الذى حلف عليه، وهذا قول مالك وأكثر أصحابه.

وذلك أن ما ثبت من قيمة الرهن بإقرار المرتهن ويمينه بمنزلة ما ثبت من ذلك باتفاقهما عليه، فكانا سواء فى الشهادة بقدر الدين.

ووجه ذلك أنه متفق عليه، وإنما أحلف المرتهن؛ ليسقط عنه ما ادّعاه من قيمة الرهن زائدًا على ما أقر به، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «**وإن كانت قيمته أقل مما يدعى فيه المرتهن، أحلف على الذى يدعيه، ثم قاصوه بذلك من قيمة الرهن**» يريد إذا كان الدين من جنس قيمة الرهن، وإذا كان الرهن لا يعلم ضياعه إلا بقول المرتهن، وكان أصل الدين من سلم روعى فى ذلك أن يكون الرهن يجوز أخذه من رأس مال المسلم، ويجوز أخذه من المسلم فيه.

فإن كان الأمران جائزين، صحت المقاصة، وإن امتنع أحدهما، امتنعت المقاصة، مثال ذلك أن يكون الرهن دنانير، ورأس مال المسلم دراهم، فلا تجوز المقاصة؛ لأن ما أظهراه من السلم ملغى، ومآل أمرهما إلى سلم دراهم فى دنانير، فإن كان الرهن ورأس مال السلم دنانير من جنس واحد، وكان الرهن أكثر، لم تجوز المقاصة؛ لأن مآل أمرهما إلى سلم دنانير فى أكثر منها، وإن كانت دنانير الرهن مثل دنانير رأس مال السلم أو أقل، صحت المقاصة لتبعد التهمة.

فرع: ولو كان الرهن عرضًا من جنس ما سلم فيه، قل أو كثر، أجود أو أردأ، لم تجز المقاصة قبل الأجل لما يدخله من «ضع وتعجل» أو الزيادة لحط الضمان، وإن كان مثله عددًا وجودة، ولا بأس بذلك عند حلول الأجل، وإن كان الرهن عرضًا من جنس رأس المال، لم يجز أفضل جودة ولا عددًا، ولا أقل جودة وعددًا، وإن حل الأجل، وإن كان مثله، فلا بأس بذلك.

فرع: وإن كان رأس المال عرضًا، والرهن عرضًا من غير جنسه، فقد قال ابن

ميسر: يجوز أن يتقاصا بعد المعرفة بقيمة الرهن، وهذا أصل متنازع فيه، وهل يراعى فى ذلك قيمة الرهن إن كان رأس المال عيناً؟ قال أحمد بن ميسر: إن كانت قيمته أكثر من رأس مال السلم، لم يجز، ويجوز إن كانت مثله فأقل.

ووجه ذلك أن القيمة عين من جنس برأس مال السلم، فيدخله التفاضل بينهما، وقد أنكر هذا غيره من أصحابنا؛ لأنه إن كان الرهن باقيًا، فلا خلاف فى جواز سلف عشرة دنانير فيه، وإن كانت عينه قد تلفت، ولزمته القيمة، بعدت التهمة بل استحالت.

فصل: وقوله: **«ثم أحلف الذى عليه الدين عن قيمة الرهن؛ لأن الذى بيده الرهن مدع فيما زاد على قيمة الرهن، فإذا حلف، سقط عنه ذلك، وإن نكل، لزمه مع قيمة الرهن»** لأنه قد حلف المرتهن على إثبات ذلك لما لزمته اليمين فى إثبات ما يقابل من دينه قيمة الرهن، فأضيف إليها اليمين على ما ادّعاه زيادة من الرهن على قيمة الرهن، وجعلت يمينًا واحدة، لئلا يكون عليه اليمين فى حق واحد مع إمكان إفرادها، وجمعها لكنه لما لم يتقدم له ما يقوى دعواه فى الزيادة، لم يحكم له بها.

فإن حلف الراهن أسقط على نفسه هذه الزيادة، فإن نكل، قوى نكوله ما تقدم من يمين المرتهن بها، فحكم له بذلك، وتقدمت يمين المرتهن بهذه الزيادة على نكول الراهن لما قدمناه، والله أعلم.

فصل: وذكر فى هذه المسألة يمينين على المرتهن أحدهما على الصفة، والثانية على إثبات الدين، فيحتمل أن يريد أنهما يلزمانه منفصلين، وذلك أن اليمين الأول تجب عليه قبل أن تجب الثانية، ولا يمكن النظر فى أسباب الثانية إلا بعد إنفاذ اليمين الأولى؛ لأن الأولى تجب لإثبات الصفات، ولا تجب الثانية بعد؛ لأنه قيمة الرهن إن كانت أقل مما أقر به الراهن، فلا معنى ليمين المرتهن؛ لأنه لا يجتلب بها منفعة، ولا يقضى له بيمينه.

ولا ينظر فى القيمة التى هى سبب يمين المرتهن بقدر الدين إلا بعد ثبوت صفة الرهن بيمين المرتهن الذى هو الغارم، فإذا ثبتت الصفات بيمينه، قومت تلك الصفات، فإذا ثبتت قيمتها، وكانت أكثر مما أقر به الراهن، استحلف المرتهن، والله أعلم.

ويحتمل أن يريد بذلك ذكر ما يتناوله اليمين من المعنيين المذكورين، ولكنه لا يلزمه أن يفرقهما، بل له أن يجمعهما فى يمين واحدة، ولكنه يمكن أن تقوم الصفة التى يقر بها المرتهن.

فإذا علم أنها أقل من الدين، حلف المرتهن يمينًا واحدة، ينفى بها من قيمة الرهن ما زاد على ما أقر به الراهن، وتقدمها لنكول الراهن فيما ادّعاه المرتهن من الدين زيادة على قيمة الرهن، وهذا معنى قول مالك وأكثر أصحابه عندى، والله أعلم.

* * *

القضاء فى كراء الدابة والتعدى بها

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: الأَمْرُ عِنْدَنَا فِى الرَّجُلِ يَسْتَكْرِى الدَّابَّةَ إِلَى الْمَكَانِ الْمُسَمَّى، ثُمَّ يَتَعَدَّى ذَلِكَ الْمَكَانَ، وَيَتَقَدَّمُ: إِنَّ رَبَّ الدَّابَّةِ يُخَيَّرُ، فَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يَأْخُذَ كِرَاءَ دَابَّتِهِ إِلَى الْمَكَانِ الَّذِى تُعُدِّىَ بِهَا إِلَيْهِ، أُعْطِىَ ذَلِكَ، وَيَقْبِضُ دَابَّتَهُ، وَلَهُ الْكِرَاءُ الأَوَّلُ، وَإِنْ أَحَبَّ رَبُّ الدَّابَّةِ، فَلَهُ قِيمَةُ دَابَّتِهِ مِنَ الْمَكَانِ الَّذِى تَعَدَّى مِنْهُ الْمُسْتَكْرِى، وَلَهُ الْكِرَاءُ الأَوَّلُ، إِنْ كَانَ اسْتَكْرَى الدَّابَّةَ الْبَدْأَةَ، فَإِنْ كَانَ اسْتَكْرَاهَا ذَاهِبًا وَرَاجِعًا، ثُمَّ تَعَدَّى حِينَ بَلَغَ الْبَلَدَ الَّذِى اسْتَكْرَى إِلَيْهِ، فَإِنَّمَا لِرَبِّ الدَّابَّةِ نِصْفُ الْكِرَاءِ الأَوَّلِ وَذَلِكَ أَنَّ الْكِرَاءَ نِصْفُهُ فِى الْبَدْأَةِ، وَنِصْفُهُ فِى الرَّجْعَةِ، فَتَعَدَّى الْمُتَعَدِّى بِالدَّابَّةِ، وَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ إِلا نِصْفُ الْكِرَاءِ الأَوَّلِ، وَلَوْ أَنَّ الدَّابَّةَ هَلَكَتْ حِينَ بَلَغَ بِهَا الْبَلَدَ الَّذِى اسْتَكْرَى إِلَيْهِ، لَمْ يَكُنْ عَلَى الْمُسْتَكْرِى ضَمَانٌ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْمُكْرِى إِلا نِصْفُ الْكِرَاءِ. قَالَ: وَعَلَى ذَلِكَ أَمْرُ أَهْلِ التَّعَدِّى وَالْخِلافِ لِمَا أَخَذُوا الدَّابَّةَ عَلَيْهِ(١).

قَالَ: وَكَذَلِكَ أَيْضًا مَنْ أَخَذَ مَالا قِرَاضًا مِنْ صَاحِبِهِ، فَقَالَ لَهُ رَبُّ الْمَالِ: لا تَشْتَرِ بِهِ حَيَوَانًا وَلا سِلَعًا كَذَا وَكَذَا لِسِلَعٍ يُسَمِّيهَا، وَيَنْهَاهُ عَنْهَا، وَيَكْرَهُ أَنْ يَضَعَ مَالَهُ فِيهَا، فَيَشْتَرِى الَّذِى أَخَذَ الْمَالَ الَّذِى نُهِىَ عَنْهُ، يُرِيدُ بِذَلِكَ أَنْ يَضْمَنَ الْمَالَ، وَيَذْهَبَ بِرِبْحِ صَاحِبِهِ، فَإِذَا صَنَعَ ذَلِكَ، فَرَبُّ الْمَالِ بِالْخِيَارِ، إِنْ أَحَبَّ أَنْ يَدْخُلَ مَعَهُ فِى السِّلْعَةِ عَلَى مَا شَرَطَا بَيْنَهُمَا مِنَ الرِّبْحِ فَعَلَ، وَإِنْ أَحَبَّ، فَلَهُ رَأْسُ مَالِهِ ضَامِنًا عَلَى الَّذِى أَخَذَ الْمَالَ وَتَعَدَّى.

قَالَ: وَكَذَلِكَ أَيْضًا الرَّجُلُ يُبْضِعُ مَعَهُ الرَّجُلُ بِضَاعَةً، فَيَأْمُرُهُ صَاحِبُ الْمَالِ أَنْ

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٢١/٢٢.

يَشْتَرِىَ لَهُ سِلْعَةً بِاسْمِهَا، فَيُخَالِفُ، فَيَشْتَرِى بِبِضَاعَتِهِ غَيْرَ مَا أَمَرَهُ بِهِ، وَيَتَعَدَّى ذَلِكَ، فَإِنَّ صَاحِبَ الْبِضَاعَةِ عَلَيْهِ بِالْخِيَارِ، إِنْ أَحَبَّ أَنْ يَأْخُذَ مَا اشْتُرِىَ بِمَالِهِ أَخَذَهُ، وَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يَكُونَ الْمُبْضِعُ مَعَهُ ضَامِنًا لِرَأْسِ مَالِهِ، فَذَلِكَ لَهُ.

الشرح: قوله: «**فيمن يكترى الدابة إلى مكان مسمى، ثم يتعداه بالتقدم أمامه، فإن لرب الدابة أن يأخذ كراء دابته إلى الموضع الذى تعدى إليه مع الكراء الأول، ويأخذ دابته، وإن أحب كانت له قيمة دابته من المكان الذى تعدى منه المكترى، وله الكراء الأول**» يريد أنه لما تعدى بالدابة، وزاد على المكان الذى اكترى إليه، ثبت له حكم التعدى ولحقه الضمان.

وذلك على قسمين، أحدهما: أن يرد الدابة المكترى على حالها. والثانى: أن يردها، وقد تغيرت، فإن ردها على حالها، فلا يخلو أن يكون أمسكها فى تعديه إمساكًا يسيرًا أو كثيرًا، فإن كان إنما أمسكها يومًا أو أيامًا يسيرة، ففى الموازية عن ابن القاسم اليوم وشبه. قال: وقاله مالك فى البريد والبريدين، وإن كان اكتراها بالأيام ثم أمسكها أيامًا زائدة على أيام الكراء، فلا ضمان عليه، وإنما له الكراء فى أيام التعدى مع الكراء الأول، قاله مالك وأكثر أصحابه.

ووجه ذلك أن الدابة لم يؤثر فيها التعدى فى عين، ولا قيمة، ولا فوات أسواق، فلم يلزمه ضمانها، وعليه قيمة كرائها فى الأيام الزائدة، رواه ابن القاسم عن مالك فى المدونة وغيرها.

مسألة: وأما إن حبسها الأيام الكثيرة، قال فى المدونة: الشهر. وقال فى الواضحة: مثل شهر ونحوه. وقال أصبغ فى موضع آخر: أيامًا كثيرة كحول، وهذا هو الأصل، فصاحبها مخير بين الكراء الأول، وكراء ما تعدى بحبسها فيه وبين الكراء الأول، ويضمنه قيمة دابته، قاله ابن حبيب فى الواضحة، وقاله ابن القاسم فى المدونة.

وجه ذلك أنه قد غصبه منافع الدابة دون الرقبة ومن منافعها بيعها فى أسواقها، وقد فات فيها، فعليه قيمتها؛ لأن ذلك بمنزلة بيعها.

فرع: ومن قول مالك أنه غصبه رقبتها، وحبسها شهرًا، أو أشهرًا، ثم ردها بعد ذلك، ولم تتغير، لم يكن لصاحب الدابة أن يلزمه قيمتها. والفرق بين الموضعين أنه لما غصبه رقبتها، سقطت عنه منافعها؛ لضمانه رقبتها، فإذا لم يغصبه رقبتها واستخدمها جورًا وظلمًا، لزمه الكراء فيما ركبها فيه واستخدمها، والله أعلم.

فرع: وأما الذى يجب عليه من كرائها، قال ابن القاسم فى المدونة: عليه كراؤها فيما حبسها فيه من عمل أو حبس بغير عمل، وقد بسطنا القول فى هذا فى شرح المدونة، وقال غيره: إن كان معه فى مصر واحد يقدر على أخذها، فكأنه راض بذلك.

وإن كان فى غير مصره، فهو مخير بين أن يردها وكراء المدة الأولى، وله فى باقى الأيام الأكثر من حساب ذلك اليوم أو قيمة كرائها فيما حبسها فيه من عمل أو حبس بغير عمل، وقد بسطنا القول على هذا فى شرح المدونة. وإن شاء أخذ كراء ذلك اليوم، وقيمتها يوم حبسها.

وجه قول ابن القاسم أن إمساكها لما كان بغير عقد كراء، لزمه كراء المثل فى مثل ما حبسها فيه كما لو تعدل باستخدامها من غير استئجار.

ووجه قول الغير أنه إذا كان الكراء الأول قد تغابن فيه، فالثانى لا يلزمه فيه غبن؛ لأنه لم يلتزمه، وإن كان الكراء الثانى بأكثر من قيمته، فالمتعدى قد رضى به حين استدام العمل بعده بغير إذن ربه، وبنحو رواية ابن القاسم قال الشافعى فى كراء المثل.

وقال أبو حنيفة: لا كراء لصاحب الدابة. والدليل على صحة ما نقوله أنه قد غصب المنافع، فكان عليه ضمانها كالأعيان.

فصل: وقوله: «**فله الكراء الأول، إن كان استكرى الدابة البدأة، وإن كان استكراها ذاهبًا وراجعًا، ثم تعدى حين بلغ البلد الذى استكرى إليه الدابة من مصر إلى برقة، فلما بلغ برقة تعدى عليها، فإن صاحب الدابة له الكراء كله إلى برقة، ثم له بعد ذلك الخيار فى أخذ قيمة الدابة مع الكراء إلى برقة ذاهبًا وراجعًا بعشرة دنانير، نصفها للبدأة ونصفها للعودة، ثم يكون الخيار فيما بعد ذلك**» على ما تقدم، وإنما جعل له النصف فى البدأة والنصف فى العودة، بناء على أن قيمتها سواء لتساويهما فى المسافة، وهو الغالب من أحوال المسافة، ولو اختلفت قيمة الكراء عند الناس فى البدأة أو العودة للزم التقويم، والله أعلم.

مسألة: وإن ردها، وقد تغيرت، فلا يخلو أن تكون تغيرت تغيرًا كثيرًا، أو هلكت، فإن تغيرت تغيرًا شديدًا، ففى الواضحة عن مالك فيمن رد الدابة، ولم يمسكها إلا أيامًا يسيرة، فلا شىء لرب الدابة غير كرائها فى تلك الأيام، وهو مخير بين كرائها، وبين قيمتها، وكذلك لو عطبت فى مدة التعدى، والله أعلم وأحكم.

والتعدى يكون فى حبسها بقدر من الكراء، ويكون فى أن يتعدى بها مكان

الكراء، ويكون فى أن يجعل عليها ما لم تكتر له، فأما التعدى بتحاوز من الكراء، فقد تقدم ذكره.

وأما التعدى بتجاوز مسافة الكراء، فمثل أن يكترى دابة للركوب من مصر إلى برقة، فيركبها إلى أفريقية، فهذا حكمه فى طول الإمساك وقربه، مثل ما تقدم فى الزيادة على زمن الكراء، إن ردها سالمة، فقد روى ابن حبيب عن مالك: أنه إذا لم يجاوز الأمد إلا باليسير الذى لا خيار لصاحبها فيه إذا سلمت، فليس لصاحبها إلا كراء ما زاد، ولو زاد كثيرًا فيه الأيام التى تتغير فى مثلها سوقها من ربها، إن ردها المتعدى سالمة على ما تقدم، وإن عطبت فى القليل أو الكثير، فهو ضامن لها.

فرع: ولو عدل عن طريقة الميل، فقد قال مالك: هو ضامن، وصاحب الدابة بالخيار بين قيمة الدابة، وبين كرائها، وكذلك قال محمد عن ابن القاسم عن مالك فى زيادة الميل والميلين، قال محمد: وقيل إنه ضامن، ولو زاد خطوة، وأما ما يعدل الناس إليه من الراحلة، فلا يضمن فيه.

ووجه ذلك أن هذا العدول معتاد؛ لأنه لابد للناس من العدول عن الطريق للنزول لراحة وغذاء وغير ذلك، فليس هذا العدول بتعدٍ.

فرع: ولو لم يعطب البعير إلا بعد أن رجع إلى المسافة التى اكترى لها وخرج سالمًا عن مسافة التعدى، فقد روى ابن حبيب عن أصبغ وابن الماجشون أنه إن كان لم يجاوز المسافة إلا باليسير مما لا خيار فيه لصاحبها مع السلامة، فليس له إلا كراء الزيادة. وأما إن زاد زيادة كثيرة أيامًا تتغير فيها أسواقها، فهو ضامن لها كما لو ماتت فى مسافة الزيادة.

وقال أبو القاسم: يضمنها، وإن كانت الزيادة يسيرة. وروى عن مالك، قال ابن حبيب: وهو عندنا غلط من الرواية؛ لأنه روى عن مالك فيمن تعدى فتسلف من وديعة عنده، ثم رد فيها ما تسلفه، ثم تلفت: أنه لا يضمن، فهذا مثله.

مسألة: وإنما كراء مسافة التعدى على قيمة كراء ما تعدى، وليس على قدر ما تكارى، قال مالك فى المدونة: ووجه ما قدمناه من أنه عمل بدابته بغير إذن ولا عقد، بقدر أجرة العمل، فلزمه كراء مثله. أصل ذلك إذا لم يتقدم بينهما عقد كراء.

مسألة: وأما التعدى فى الحمل فعلى وجهين، أحدهما: الزيادة فيه من جنسه. والثانى: حمل غير ذلك الجنس. فأما الزيادة فيه من جنسه، ففى المدونة فيمن اكترى

بعيرًا ليحمل عليه عشرة أقفزة، فحمل عليه أحد عشر قفيزًا، فلا ضمان عليه فى عطب البعير إذا كان القفيز يسيرًا، لا تعطب منه الدابة.

وقال مالك فيمن اكترى دابة ليحمل عيلها أرطالاً مسماة، فيحمل أكثر منها، فعطبت: إن كانت الزيادة يعطب من مثلها، فلصاحب الدابة الكراء وكراء الزيادة أو قيمة الدابة يوم التعدى دون الكراء، فخير فى ذلك، وإن كان يعطب من مثل تلك الزيادة، فليس له إلا الكراء الأول، وكراء ما تعدى فيه. وقال سحنون: إن زاد فى الحمل، ولو رطلا واحدًا، ضمن.

فرق: قال عبدالملك: والفرق بين هذا وبين الزيادة فى المسافة، أن مجاوزة المسافة تعد كله، فلذلك ضمنها فى قليله وكثيرة، وزيادة الحمل إذا اجتمع فيه تعد وإذن، فإن كانت الزيادة يعطب من مثلها، ضمن، وإلا لم يضمن.

فرع: فإذا قلنا له كراء الزيادة إن شاء، ففى قول مالك: له أجر مثل القفيز الزائد ما بلغ إلا أن يكون مثل قفيز من العشرة التى اكترى عليها، يريد أنه ليس له القفيز الزائد من سعره ما أكرى العشرة الأقفزة؛ لجواز أن يكون أحدهما غبن صاحبه فى عقد الكراء، وإنما له قيمة كراء مثله ما بلغت القيمة؛ لأنه لم يتقدم فيه عقد، ويحتمل أن يريد بذلك مراعاة أجرة حمله زائدًا عل حمل الدابة؛ لأنه أضر من غيره، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما إن حمل غير الجنس الذى اتفق معه، فلا يخلو أن تكون مضرته كمضرة ما تكارى عليه أو أشد، فإن كانت مثل مضرته، فلا ضمان عليه.

وأصل ذلك أن الحمل لا يتعين عند مالك إلا بجنس المضرة، ولو اكترى رجل من حمال على حمل بعينه، كان له أنْ يبدله بمثله مما مضرته مثل مضرته، وليس له بدله بما هو أعظم ضررًا منه، فالمراعى فى ذلك ما يضغط بثقله جانبى الدابة ويضر بها، أو الجفاء وعظم الحمل الذى يجفو على الدابة ويضر بها من هذا الوجه.

فإن كان اكترى على حمل وحمل ما هو أضر منه مما ذكرناه، فعطبت الدابة، فهو ضامن، وإن كان مثله فى المضرة، فقد قال مالك فى المدونة، فيمن اكترى بعيرا لحمل خمسمائة رطل بر، فحمل عليه بوزنه ذهبًا: لا ضمان عليه، إن لم يكن ذلك أضر بالبعير.

قال مالك: وله أن يكريه ممن يحمل عليه مثل ذلك، وله أن يحمل عليه خلاف ما

سمى، فيحمل القطن بوزن ما سمى من البر، ولا يحمل بوزنه ما هو أضر منه. ووجه ذلك ما تقدم.

مسألة: وهذا كله فى الأحمال، وأما الراكب، فقد يختلف حاله باختلاف أخلاق الناس مع تساوى أجسامهم، فمنهم من فيه رفق، ومنهم من فيه عنف، وقد قال مالك: لا يعجبنى أن يكرى الرجل دابة، فيحمل عليها غيره، فقد يكون الراكب أخف من المكترى، ولعله أخرق فى الركوب.

قال ابن القاسم: فإن حمل عليها من هو فى مثله فى الثقل والحال والركوب، لم يضمن، ولم يكن مالك يقف على قوله هذا، وقوله المعروف الذى ثبت عليه: أن له أن يكريها من مثله فى حاله وخفته، فإن حمل عليها من هو أثقل منه أو غير مأمون، فهو ضامن.

والخلاف الذى أشار إليه إنما هو عندى فى ابتداء الكراء، فقد استثقل مالك لمن اكترى دابة لركوبه أن يكريها من غيره، إلا أن يموت أو يقيم، فقد جوزه مالك أيضًا، ولم يختلف قوله فى الأحمال.

قال ابن حبيب: ومعنى ذلك فى الدابة معها صاحبها يتولى سوقها، والحمل عليها، والحط عنها، فأما إن كان يسلمها إلى المكترى، فله منعه من الكراء من غيره، لاختلاف سوق الناس، ورفقهم وحياطتهم، وتضييعهم لها.

مسألة: ولو أراد من اكترى شق محمل أن يعقب آخر، فقد روى عيسى عن ابن القاسم: ليس للحمال منعه. قال أصبغ: إن أعقب راكبًا مريحًا، فذلك، وإن أعقب ماشيًا، فليس له ذلك؛ لأنه يكون أضر وأثقل، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: **«وكذلك من أخذ مالاً قراضًا، فقال: إن رب المال مخير بين أن يدخل معه فى السلعة على ما شرطا، أو يكون له رأس ماله، يضمنه المتعدى»**، وذلك أنه لا يخلو أن يظهر على ذلك قبل أن يبيع ما اشترى أو بعده.

فإن ظهر على ذلك قبل البيع، فقد قال مالك فى الواضحة: يباع عليه ما نهى عن شرائه، فإن كان فيه فضل، فهو على القراض، وإن كان نقصان، ضمنه، وإن شاء رب المال، ضمنه جميع الثمن، وترك ذلك له، وإن شاء أمضى ذلك له على القراض.

فجعله فى هذه المسألة على هذه الراوية مخيرًا بين ثلاثة أوجه، أحدها: أن يعجل بيع

السلعة، فيكون ربحها على القراض، وخسارتها على العامل المتعدى. والوجه الثانى: أن يعجل تضمينه إياها، ويأخذ منه المال الذى سلمه إليه. والوجه الثالث: أن يبقى ذلك على القراض.

وذكر فى أصل الموطأ وجهين، التضمين، أو الإبقاء على حكم القراض الذى كانا عقداه، ويحتمل أن يكون الفرق بينهما إنما هو فى تعجيل البيع، وأنه كان له ذلك لما ظهر من تعدى العامل، ولو اشترى ما أمر به، لم يكن لرب المال عليه تعجيل بيعه.

فصل: وقوله: «**إن رب المال مخير بين أن يدخل معه فى السلعة على ما شرطا بينهما من الربح**» يريد إن كانا شرطا أن يكون بينهما الربح بنصفين، فهو على ذلك، وكذلك لو شرطا الأقل لأحدهما والأكثر للآخر كالثلث والثلثين، أو غير ذلك من الأجزاء، فإن أحب صاحب المال أن يقر السلعة على القراض، فإنما يقرها على الأجزاء المتقدمة.

مسألة: وإن لم يعلم بذلك حتى باع السلعة، ففى الواضحة عن مالك: أن المال على القراض، فإن يبعت بنقص ضمنه، يريد أنه إن كان فى ذلك ربح، فهو على شرطهما فى القراض، وإن كانت فيه وضيعة، ضمنه العامل المتعدى؛ لأنها لما بيعت بمثل العين الذى هو رأس مال القراض ظهر الربح فيه والوضيعة، فلرب المال حصته من الربح؛ لأنه نماء ماله، وعلى العامل جميع الوضيعة؛ لأنها بسبب تعديه.

مسألة: ولو نهاه عن العمل بالمال، وهو عين بعد، فعمل به، ففى كتاب محمد بن المواز وابن حبيب: أن الربح للعامل، والوضيعة عليه، كالوديعة. زاد ابن حبيب: ما لم يقر أنه اشترى السلعة باسم القراض، فإن أقر بها، فالربح على شرط القراض، ولا يخرجه ما لم يفوت بذلك غرضًا، فإن فوت غرضاً كان لصاحبه فيه.

فصل: وقوله: «**وكذلك الرجل يبضع معه ليشترى سلعة مسماة، فيشترى غيرها، فإن لصاحب البضاعة أن يأخذ ما اشترى بماله أو يضمنه إياه**» ومعناه أن المبضع معه قد تعدى على البضاعة، ومنع صاحبها غرضه منها، وأراد أن ينفرد بالانتفاع بها دون صاحبه، فلا يخلو أن يعلم بتعديه قبل بيع ما اشترى به أو بعد ذلك.

فإن علم به قبل أن يبيعه، فإنه على ما قال: يخير رب البضاعة بين أن يأخذ السلعة التى ابتاع المبضع معه بمال، وبين أن يضمنه ثمنها، وإن علم بذلك بعد ما باع المبضع معه السلعة، ففى المدونة من رواية محمد بن يحيى عن مالك أن الربح للمبضع معه؛ لأنه قد ضمن البضاعة.

قال عيسى: أمرنى ابن القاسم أن أضرب عليها، وأوقفها. والمشهور عن مالك أنه إن كان فى ثمنها ربح، فهو لصاحب البضاعة، وإن كان نقص، فعلى المبضع معه.

وجه الرواية الأولى أنه أمره بشراء جنس مخصوص، فإذا فات ذلك بشرائه ما اشترى لنفسه، فلم يوجد من المبضع معه إلا الاستبداد بتلك المنفعة كالوديعة، وبهذا خالف العامل فى القراض، فإن قصد رب المال، الربح، فلما خالفه العامل أراد الاستبداد بالربح، فلم يكن له ذلك، وكان لرب المال أن يشاركه فيه على حسب ما تقدم.

ووجه الرواية الثانية أن رب البضاعة قد أمره بتصريفها فى وجه مخصوص، فإذا تعدى على البضاعة، وأراد الانفراد بالانتفاع بها، لم يكن له ذلك كمال القراض، وبهذا يخالف الوديعة، فإن الوديعة لم يأمره بتصريفها له فى معنى من المعانى، وإنما أمره بحفظها، وهذا الغرض لا يفوته بتصريفها فيما اشترى به لنفسه، فلذلك لم يكن لرب الوديعة أخذ ما اشترى بها، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن باع المبضع معه ما اشترى بالبضاعة، ثم ردها إلى مكانها أو اشترى بها ما أمره به، فتلف، ففى المدونة من رواية محمد بن يحيى عن مالك: لا ضمان عليه إذا أقام البينة بردها. وقال عيسى عن ابن القاسم: ليس عليه بينة.

ومعنى ذلك أن يكون اشترى المبضع مع سلعة لنفسه بالبضاعة ما باعه فى الموضع الذى أمر بالشراء فيه، وعلى الوجه الذى أمر به، فلم يفت الشراء، فكان لهذه البضاعة حكم الوديعة، وإنما يتعلق الضمان به؛ لأنه تسلفها وصيرها فى ضمانه، فلما ردّها قبل فوات ما أمر به، سقط عنه الضمان.

واختلف أصحابنا فى حاجته إلى البينة فى رد ذلك إلى حال الوديعة، وقد بينت ذلك فى الوديعة بما يغنى عن إعادته، وبالله التوفيق.

* * *

القضاء فى المستكرهة من النساء

١٣٩٥ - مَالِك عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ عَبْدَ الْمَلِكِ بْنَ مَرْوَانَ قَضَى فِى امْرَأَةٍ أُصِيبَتْ مُسْتَكْرَهَةً بِصَدَاقِهَا عَلَى مَنْ فَعَلَ ذَلِكَ بِهَا.

١٣٩٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٠٨.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: الأَمْـرُ عِنْدَنَـا فِـي الرَّجُـلِ يَغْتَصِـبُ الْمَـرْأَةَ بِكْـرًا كَانَتْ أَوْ ثَيِّبًا، إِنَّهَا إِنْ كَانَتْ حُرَّةً، فَعَلَيْهِ صَدَاقُ مِثْلِهَا، وَإِنْ كَـانَتْ أَمَـةً، فَعَلَيْـهِ مَـا نَقَصَ مِنْ ثَمَنِهَا، وَالْعُقُوبَةُ فِي ذَلِكَ عَلَى الْمُغْتَصِبِ، وَلا عُقُوبَةَ عَلَـى الْمُغْتَصَبَـةِ فِـي ذَلِكَ كُلِّهِ، وَإِنْ كَانَ الْمُغْتَصِبُ عَبْدًا، فَذَلِكَ عَلَى سَيِّدِهِ إِلا أَنْ يَشَاءَ أَنْ يُسَلِّمَهُ.

الشرح: المستكرهة لا يخلو أن تكون حرة أو أمـة، فـإن كـانت حـرة، فلهـا صـداق مثلها على من استكرهها، وعليه الحدّ، وبهذا قال الشافعى، وهو مذهب الليـث. وروى عن على بن أبى طـالب رضـى اللـه عنـه. وقـال أبـو حنيفـة والثـورى: عليـه الحـدّ دون الصداق.

والدليل على ما نقوله أن الحدّ والصـداق حقـان، أحدهمـا للـه، والثـانى للمخلـوق، فجاز أن يجتمعا كالقطع فى السرقة، وردّها. قال مالك: وسواء كانت حرة، مسـلمة أو ذمية، أو صغيرة افتضها.

مسألة: وأما إن افتضها بإصبعه، ففى كتاب ابن المواز مـن روايـة أبـى زيـد عـن ابـن القاسم، فيمن افتض بكرًا بإصبعه، وهى صغـيرة أو كبـيرة، أنهـا كالجائفـة، وفـى ذلـك ثلث ديتها.

وقال محمد: وأحب ما فيه إلىّ أن ينظر إلى قدر ما نقصها ذلك عند الأزواج مثـل أن يكون مهر مثلها بكرًا مائة، ومهر مثلها ثيبًا خمسون، فيؤدى مـا نقـص ذلـك. قـال ابـن حبيب عن أصبغ: لأنه جرح، وليس بوطء.

مسألة: وإن كان الذى افتضهـا صبيًـا، فـافتض صغـيرة بذكـره أو إصبعـه، قـال ابـن المواز: فيـه فـى قولنـا الاجتهـاد بعـد رأى الإمـام، ورأى أهـل المعرفـة، وقـد حكـم فيـه عبدالملك بأربعين دينارًا.

وجه ذلك أنه جرح فى الوجهين؛ لأنه يشين ويزهد فى المرأة، وإن لم يشـن الجسـد، فلذلك صرف الأمر فيه إلى اجتهاد الإمام.

مسألة: إذا ثبـت ذلـك، فـإن النسـاء علـى ثلاثـة أضـرب، كبـيرة، وصغـيرة لا تميز، وصغيرة تميز. فأما الكبـيرة، فهـذا حكمهـا إن أكرهـت، وأمـا إن أمكنـت مـن نفسـها، فعليها الحدّ، ولا شىء لها؛ لأنها أباحت ذلك من نفسها.

وأما الصغير التى تميز، ففى العتبية من رواية سحنون عن أشهب فى الصبية تمكن مـن

نفسها رجلاً، فيطؤها، فإن كان مثلها يخدع، فلها الصداق، وإن كان مثلها لا يخدع، فلا صدق لها، وإن لم تحض.

مسألة: وبماذا يثبت الإكراه إن أقامت بينة به، فهو أقوى ما فيه، وهذا ما لا خلاف فيه، ولا يثبت هذا إلا بشهادة أربعة شهداء؛ أنه زنا بها مكرهة، فهذا الذى يلزمه الصداق لها، ويجب عليه الحدّ بشهادتهم، ولو شهد شاهدان. قال ابن القاسم: أو دون أربعة؛ لحدوا بالقذف. قال أصبغ: لأنهما قطعا عليه بالوطء.

مسألة: فإن لم يشهد عليه بذلك، ولكنه شهد عليه شاهدان بإقراره، أو أنهما رأياه أدخلها منزله غصبًا، فغاب عليها، فقالت: أصابنى. فقد قال سحنون عن ابن القاسم: لها الصداق عليه مع يمينها، ورواه ابن المواز عن مالك، ولا حدّ عليها، ولا على الشاهدين.

ووجه ذلك قوة الأمر بالبينة تشهد باحتمالها مكرهة، والمغيب عليها، ثم ما بلغته من فضيحتها، فقوى ذلك دعواها، واستحقت ببينتها صداقها، والله أعلم.

فرع: فإن نظر إليها النساء، فألفينها بكرًا، ففى كتاب محمد، قال: أما أشهب، فلم ير لها شيئًا. قال أصبغ: وقد قيل لها ذلك، ولا يقبل قول النساء فى ذلك.

وجه قول أشهب أن شهادة النساء بالبكارة، تبطل ما ادّعته من إصابته إياها. ووجه القول الثانى أن النساء فيما فى أرحامهن مؤتمنات، والحرائر لا ينظر إليهنّ، والله أعلم.

فصل: فإن لم يشهد لها بالإكراه، ولا باحتمالها، والمغيب عليها، ولكن جاءت متعلقة به، وهى تدمى إن كانت بكرًا أو لا تدمى إن كانت ثيبًا، وقد فضحت نفسها، ففى كتاب ابن المواز عن عبدالملك وغيره: لا تحد هى لما رمته به، ولم يفصل.

وفى ذلك ثلاث مسائل إحداها: أن لا تدمى، ويكون المقذوف صالحًا، فقد روى ابن وهب ابن القاسم عن مالك: عليها القذف قولاً واحدًا. والثانية: أن تكون تدمى، فهذه فيها روايتان، روى ابن وهب وابن القاسم عن مالك: تحدّ. وروى أصبغ عن مالك: لا حد عليها. والمسألة الثالثة: أن تدعى على رجل صالح، فهذا لا حد عليه، رواية واحدة، رواها ابن حبيب عن مالك وابن الماجشون.

فوجه صرف الحد عنها أنها مضطرة إلى أن تخبر عن نفسها بما جنى عليها مخافة أن يظهر بها حمل، ولا يسقط ذلك عنها، إلا بالتعلق به أو بعينه، إن كان ممن يليق ذلك به،

فلما كانت مضطرة إلى صرف الرجم والجلد عن نفسها كانت كالرجل يقذف زوجته، ويسقط عنه الحد لما كان مضطرًا إلى ذلك لحماية نسبة، وكان ما يأتي به من اللعان يقوى دعواه، ويصرف الحد عنه، وكذلك ما تبلغه المرأة من فضيحة نفسها يقوى دعواها، ويصرف الحد عنها.

ولها مع ذلك معنيان يقويان دعواها، أحدهما: التعلق به. والثاني: أن تكون دامية، فإن اجتمع لها ذلك، فقد أتت بأكثر مما يمكن أن تأتي به من جهتها في تقوية دعواها، فإن قام ذلك مع صلاح المدعى عليه، ثبت الخلاف المذكور عن مالك وأصحابه.

وجه إثبات الحد عليها أن صلاحه المشهور يشهد له، ولم يوجد من خلوه بها على وجه التعدى منه ما يشهد لها، وكل موضع تشهد فيه الخلوة بالوطء، فإنه لا تقوم مقامه الدعوى كخلوة الزوج بالزوجة.

ووجه القول الثاني ينفي الحد عنها ما يظهر بها من الدم الذى يدل على حدوث ما حل بها مع تعلقها به، وهذه معان ظاهرة فيما تدعيه من الظلم لها مع أن هذا غاية ما يمكنها، وضرورة صرفها إلى حد الزنا عنها إن ظهر بها حمل.

قال القاضي أبوالوليد، رضيالله عنه: وهذا عندى يجب أن يكون حكم الثيب التى لا تدمى؛ لأنها محتاجة إلى مثل ذلك في صرف حد الزنا عنها بما تتوقعه من ظهور الحمل بها، والله أعلم وأحكم.

فرع: وإذا كان متهمًا، فإنه يعاقب ولا تحد هي إذا كانت بكرًا تدمى، سواء كان معها أو لم يكن بحضرة ذلك أو بغير حضرته.

وجه ذلك أن ابتداءها بالتشكي مع ما يصدق من ظهور دمها يقوى دعواها.

مسألة: وليس عيلها حد الزنا لإقرارها بمجامعة الرجل لها، ولو ظهر بها بعد ذلك حمل؛ لأن ما بلغته من فضيحة نفسها بالاستغاثة، والتشكي مما جنى عليها شبهة في إسقاط الحد عنها في القذف، فبأن يسقط عنها في حقوق البارى تعالى أولى.

مسألة: وليس على المدعى عليه إن حلفت، حد الزنا؛ لأن ذلك من حقوق البارى، فلا يثبت إلا ببينة، وعليه إن كان متهمًا، الأدب، رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون.

وكذلك إن لم يكن يعرف بسفه ولا حلم، قال ابن حبيب: إن كان متهما أدب أدبًا وجيعًا، كانت تدمى أو لا تدمى. قال عبدالملك: وإن كان ممن لا يليق ذلك به، فلا حد عليه، ولا أدب ولا عقاب.

مسألة: ولها صداق المثل عليه إن كان متهمًا أو لم يعرف حاله، قاله ابن الماجشون وأشهب. زاد ابن حبيب عن ابن الماجشون: وإن كان ممن لا يليق ذلك به، فلا صداق لها. وقال ابن المواز عن ابن القاسم: لا صداق لها، وإن كان من أهل الدعارة، إلا أن يشهد رجلان أنه احتملها، وخلا بها، فيكون لها الصداق، إذا حلفت.

وجه القول الأول أن وجوب الصداق متعلق بدعواها مع ما بلغته من فضيحة نفسها، وأما الخلو بها، فغير موجب لذلك؛ لأنه لو خلا بها، ولم تدع إصابة، لم يجب عليه صداق.

وجه قول ابن القاسم أنه لم يثبت ما يقوى دعواها، وإنما وجد منها مجرد الدعوى، فلا تستحق بذلك صداقًا كما لو ادّعت المرأة على الزوج الإصابة دون ثبوت الخلوة، فلا يجب لها صداق، ولو ادّعته مع ثبوت الخلوة لوجب لها الصداق.

مسألة: وهل يشترط يمينها فى استحقاقها الصداق، أصحاب مالك يقولون: لا يجب لها الصداق إلا بيمينها. وروى ابن حبيب وابن المواز عن مالك: إذا أتت متعلقة به، فلها الصداق بلا يمين، سواء كانت بكرًا تدمى أو ثيبًا لا تدمى.

وجه القول الأول أن دعواها قويت بما قارنها، فلا تستحق بها شيئًا إلا بيمينها؛ لأنه لم يثبت شىء من دعواها.

ووجه القول الثانى أن ما بلغت بنفسها لما أسقط عنها حد القذف وحد الزنى، أوجب لها الصداق كالبينة بما قارنها.

فصل: وقوله: «**إن كانت حرة، فلها صداق مثلها، وإن كانت أمة، فعليه ما نقص من ثمنها**» تقدم الكلام فى الحرة، والكلام هاهنا فى الأمة، وذلك إن من وطئ أمة غيره، فإن أكرهها، فلا خلاف فى المذهب أن عليه ما نقصها بكرًا كانت أو ثيبًا، ويريد بالثمن فى هذا الموضع القيمة.

وفى العتبية من رواية أشهب عن مالك فى الأمة الفارهة، تتعلق برجل، تدعى أنه غصبها نفسها، قال: الصداق عليه لما بلغت من فضيحة نفسها بغير يمين عليها، كانت بكرًا أو ثيبًا. قال: يريد فى عدم ما نقصها فى الحد. وقد اختلف فى إلزمه نقص الأمة وصداق الحرة بهذا.

مسألة: فإن طاوعته الأمة، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: عليه ما نقصها. وقال غيره: لا شىء عليه.

وجه قول ابن القاسم أن الصداق حق للسيد، فلا يسقط بإباحة الأمة كما لو أباحت له قطع يدها.

ووجه قول الغير أنها محجور عليها فبإباحتها الوطء، سقط المهر كالبكر.

فصل: وقوله: «**والعقوبة في ذلك على المغتصب**[1]**، ولا عقوبة على المغتصبة**» يريد على المغتصب إن ثبت ذلك عليه ببينة أو بإقرار المرأة على ما تقدم، ولا عقوبة على المغتصبة؛ لأن المرأة في الزنى لا حد عليها.

وأما المكره على أن يزني، فقال مطرف وسحنون: لا يحل له ذلك، وإن هدد بالقتل، فإن فعل حد. قال سحنون: لأنه لا ينتشر لذلك إلا بلذة، وأما المرأة، فلا حد عليها.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: والظاهر عندي خلاف هذا؛ لأنه قد يشتهي الإنسان الخمر، وأخذ مال غيره، ويمتنع منه لله تعالى، فإذا أكره عليه، لم يفعله لالتذاذه به، وإنما يفعله للإكراه، ولا يملك الإنسان أن لا ينتشر، ولو ملكه وفعله باختياره لكان بمنزلة تجرعه الخمر، وغير ذلك مما يشتهيه، ويمتنع منه لله تعالى، فإذا أكره عليه كان له فعله، ولم يوجب الحد التذاذه به، والله أعلم.

وقد يحتمل أن يستدل على ذلك بأن ما يوجب القتل من الأفعال على وجه الاختيار يوجبه مع الإكراه كقتل المسلم، ولا يلزمه على هذا الكفر؛ لأنه ليس بفعل وإنما هو إخبار عما في نفسه، فإذا كان قلبه مطمئنًا بالإيمان، فأكثر ما فيه أنه كذب، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**وإن كان المغتصب عبدًا، فذلك على سيده إلا أن يشاء أن يسلمه**» يريد أن العبد إن أكره حرة، فصداق الحرة وما نقص الأمة يغرمه السيد. ومعنى ذلك أن جنايته متعلقة برقبته؛ لأن سيده مخير بين أن يفتكه بالجناية، بالغة ما بلغت، أو

(١) قال في الاستذكار ٢٢/١٢٥: قوله: والعقوبة في ذلك على المغتصب، قد رواه القعنبي كما رواه يحيى، ولم يروه ابن بكير، ولا ابن القاسم، ولا مطرف. ورووا كلهم، ولا عقوبة في ذلك على المغتصبة إلا القعنبي فلم يروه. وقد أجمع العلماء على أن المستكره المغتصب الحد إن شهدت البينة عليه بما يوجب الحد، أو أقر بذلك، فإن لك يكن، فعليه العقوبة، ولا عقوبة عليها إذا صح أنه استكرهها وغلبها على نفسها، وذلك يعلم بصراخها واستغاثتها، وصياحها، وإن كانت بكرًا فيما يظهر من دمها، ونحوها مما يفصح به أمرها، فإن لم يكن شيء من ذلك، وظهر بما حمل، وقالت: استكرهت، فقد اختلف العلماء في ذلك، ولا نعلم خلافا بين العلماء أن المستكرهة لا حد عليها إذا صح استطراها بما ذكرنا وشبهه.

يسلمه، لا شيء عليه غير ذلك، فيكون ملكًا لمن جنى عليه وهذا إذا ثبت عليه ذلك ببينة.

وقال مالك فى كتاب ابن المواز: وما لزمه من صداق الحرة، ونقص الأمة، ففى رقبته، ويقبل إقرار العبد فيه بفور ما فعل ذلك، وهى متعلقة به تدمى، فأما ما فعل ذلك، وهى متعلقة به تدمى بعد من فعله، فلا يقبل قوله فيما يلحق برقبته.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ووجه ذلك عندى أن كل موضع تستحق فيه الحرة الصداق بيمينها، فإنها مستحقة فى رقبة العبد، ولا تأثير لقول العبد عندى، وذلك أن إقرار العبد إنما يقبل فيما يتعلق من الحدود بجسده، فأما فيما يخرجه عن ملك سيده إلى ملك غيره، فلا يقبل فيه قوله.

مسألة: وإن كان الواطئ ذميًا، ففى كتاب ابن المواز: إن أكرهها قتل كنقض العهد فى المحصنات المسلمات، وقاله الليث. قال ابن المواز: وقد قتل أبو عبيدة ذميًا استكره مسلمة. وقد قال سحنون عن ابن القاسم فى العتبية: إذا اغتصب النصرانى حرة مسلمة، قتل. وروى عن ابن وهب: إن اغتصبها صلب.

وجه ذلك أن اغتصابه المسلمة وتغلبه عليها، نقض للعهد، وتغليظ لحق الله تعالى، فوجب عليه القتل.

فرع: وبماذا يثبت اغتصابه، قال سحنون عن ابن القاسم: بأربعة شهداء، وقد كان يقول: يثبت بشهادة رجلين، ثم رجع إلى هذا، وبه قال سحنون.

وجه اعتبار الأربعة ما احتج به سحنون من أن القتل لا يثبت إلا بالوطء، ولا يثبت الوطء إلا بأربعة.

ووجه القول الثانى أن الاعتبار بالإكراه، ولذلك لو لم يكن الإكراه لم يجب القتل، والإكراه يثبت بشهادة رجلين.

مسألة: فإن طاوعته، فقد قال مالك فى الموازية: تحد هى، وينكل هو، والنكال فى هذا مثل ضعفى الحد وأكثر وقال ابن وهب: يجلد جلدًا يموت منه. وإن استكره أمة مسلمة، قال ابن المواز: لا يقتل؛ لأنه لو قتلها لم أقتله، وفيه اختلاف، وهذا أحب إلىَّ لما جاء لا يقتل حر بعبد. وقال مالك: وعليه فى الأمة ما نقصها فى البكر والثيب، وهذا كله فيما يجب عليه بحق الإسلام، وأما ما يلزمه من الحد، ففى المدونة: يرد إلى أهل ذمته.

ووجه ذلك أنه إنما عقدت لهم الذمة؛ لتنفذ بينهم أحكامهم وشرائعهم والله أعلم، وتقرر هذا فى الحدود مستوعبًا، وبالله التوفيق، لا رب غيره، وهو حسبنا ونعم الوكيل.

* * *

القضاء فى استهلاك الحيوان والطعام وغيره

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: الأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَن اسْتَهْلَكَ شَيْئًا مِنَ الْحَيَوَانِ بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ أَنَّ عَلَيْهِ قِيمَتَهُ يَوْمَ اسْتَهْلَكَهُ، لَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُؤْخَذَ بِمِثْلِهِ مِنَ الْحَيَوَانِ، وَلا يَكُونُ لَهُ أَنْ يُعْطِيَ صَاحِبَهُ فِيمَا اسْتَهْلَكَ شَيْئًا مِنَ الْحَيَوَانِ، وَلَكِنْ عَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ اسْتَهْلَكَهُ الْقِيمَةُ، أَعْدَلُ ذَلِكَ فِيمَا بَيْنَهُمَا فِي الْحَيَوَانِ وَالْعُرُوضِ(١).

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن من استهلك شيئًا من الحيوان أن عليه قيمته، وكذلك العروض، وكذلك كل ما ليس بمكيل، ولا موزون، ولا معدود، ومعنى قولنا: معدود، أن تستوى آحاد جملته فى الصفة كالبيض والجوز كما يشترى حبوب القمح والشعير من المكيل وآحاد العنب الموزون.

وأما جملة الحيوان من الرقيق والخيل، وإن استوى عددًا، فإن آحاد جملته لا تستوى بل تتباين، ولذلك يجوز أن يشترى عددًا من جملة البيض، والجوز غير معين، ويكون للبائع تعيينها دون خيار يثبت لواحد منهما بشرط، ولا يجوز أن يكون له بالقسمة، والتعيين غير ذلك العدد.

وأما الرقيق والثياب، فلا يجوز أن يشترى منها عددًا من الجملة إلا بالتعيين أو شرط الخيار لواحد منهما أو بمعنى الجزء الشائع، فيحصل بالقسمة على القيمة ذلك العدد، أو أقل أو أكثر، ولا يعتد له فى القسمة من جهة أعيانه، وإنما يعتد له من جهة قيمته، والمكيل والمعدود والموزون، إنما يقسم بما يعتبر به من كيل أو وزن أو عدد يتعلق بعينه دون قيمته، فعلى هذا كل ما ليس بمكيل، ولا موزون، ولا معدود، من استهلك شيئًا منه، فإنما عليه قيمته.

وقال أبو حنيفة والشافعى مثله، وقد روى ذلك عن مالك، والأول هو الصحيح المشهور عنه.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٠٨.

والدليل على ما نقوله ما احتج به بعض شيوخنا البغداديين، وهو ما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شركًا له في عبد قوم عليه، قيمة عدل إن كان له مال»(*).

ودليلنا من جهة المعنى أن القيمة أعدل؛ لأنها تستوعب جميع صفاته، ولا يكاد يجد مثل ما أتلف على جميع صفاته.

ودليلنا من جهة المعنى أيضًا أن ما لا يجوز الجزاف في عدد مبيعه، فإنه لا يجب بإتلافه المثل كالدور، وقد احتج في ذلك من لم يمعن النظر بحديث حميد عن أنس: «أن النبي ﷺ كان عند بعض نسائه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين بقصعة فيها الطعام، فضربت بيدها التي هو في بيتها، فكسرت القصعة»(*).

وقد كان احتج به على بعض من يتعلق بذلك من أهل بلدنا، ثم رأيت غيره قد أدخله في تأليفه، فخفت أن يكون قد ذهب عليه وجه تأويله، فلذلك أوردته، وأوردت بعض ما كنت جاوبت به عنه، وذلك أن البيت الذي كان فيه ﷺ بيته.

والظاهر أن ما فيه له لاسيما مما يستخدم ويستعمل، وكذلك البيت الذي وردت منه الهدية، فيحتمل أن تكون القصعتان للنبي لكنه أرسل القصعة الصحيحة إلى بيت التي أرسلت بقصعتها صحيحة، وأبقى المكسورة في بيت التي كسرتها تشعبها، وتنتفع بها بدلاً من الصحفة التي أخذت منها.

ولو سلمنا أن القصعتين للمرأتين لم يكن في ذلك حجة إذا اتفق الجاني، ولا مجني عليه على الرضا بها، وإنما يجب ما قلناه من القيمة إذا أبيا ذلك أو أباه أحدهما، ويحتمل أن يكون النبي ﷺ رأى ذلك سدادًا في الأمر، فرضيته التي هو في بيتها، وانتقل إلى الأخرى، فرضيته، وليس في الأمر ما يدل على أن إحداهما أبت ذلك، فحكم به، فالحديث لا يتناول موضوع الخلاف، والله أعلم وأحكم.

(*) أخرجه البخاري ٢٨٨/٣ كتاب العتق باب إذا أعتق عبدًا، عن ابن عمر. مسلم ١٢٨٦/٣ كتاب الأيمان رقم ٤٧، عن ابن عمر. البيهقي في الكبرى ٩٦/٦، عن ابن عمر. البغوي في شرح السنة ٣٥٦/٩، عن ابن عمر.

(*) أخرجه البخاري ٦٤/٧ كتاب النكاح باب الغيرة، عن أنس. أبو داود برقم ٣٥٦٧، ٢٩٥/٣ كتاب البيوع، عن أنس. النسائي ٧٠/٧ كتاب عشرة النساء باب الغيرة، عن أنس. ابن ماجه برقم ٢٣٣٤، ٧٨٢/٢ كتاب الأحكام، عن أنس. أحمد ١٠٥/٣، عن أنس. البيهقي في السنن الكبرى ٩٦/٦، عن أنس.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فاستهلال الحيوان والعروض على ضربين، أحدهما: أن يستهلك الجملة: والثانى: أن يستهلك البعض. واستهلاك الكل على قسمين، أحدهما: أن يتقدم على الاستهلاك غصب، أو لا يتقدم عليه غصب، فإذا تقدم عليه غصب، فإن الضمان يتعلق بالغصب دون الاستهلاك؛ لأنه لو انفرد الغصب لضمن.

وقد روى ابن وهب عن مالك فى المجموعة فيمن غصب عبدًا، فمات من وقته من غير سبب، فإنه ضامن له بتعديه، وقاله ابن القاسم فيمن غصب دارًا، فلم يسكنها حتى انهدمت أنه ضامن لقيمتها خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن ما لا يصح نقله كالأرضين والعقار، فإنه لا يضمن بالغصب.

والدليل على ما نقوله أن هذا معنى يضمن به ما ينقل ويحول، فضمن به ما لا ينقل، ولا يحول كالإتلاف والاستهلاك، وقاله أشهب، وإن هلك بأمر من الله سبحانه وتعالى.

وجه ذلك أن الغصب تعد يضمن به الغاصب، فعليه أن يرد ما غصب، ويسلمه إلى صاحبه، فإن لم يفعل وفاته ذلك، فعليه بدله من مثل أو قيمة، إن كان مما لا مثل له.

مسألة: ومن غصب أم ولد رجل، فماتت عنده، ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: يضمن قيمتها على انها أمة لا عتق فيها. وقال سحنون فى المجموعة: لا يضمن، ويضمن ولد أم الولد.

وجه القول الأول أنها محبوسة بالرق، فضمنت بالغصب كالأمة، لأن ابنها له حكمها، وقد أجمعنا على أنه يضمن بالغصب، فكذلك الأمة.

ووجه قول سحنون أن أم الولد لا يصح بيعها بوجه ولا تسلم فى جناية، فلم يضمنها بالغصب كالحرة، وفرق بين أم الولد وبين ولدها أن أم الولد لا تسلم فى الجناية، ولا تستخدم، وولدها يستخدم ويسلم فى الجناية، فالغاصب له قد حبس منافعه، فلزمه ضمانه.

فصل: وإن أدرك المغصوب منه عين ماله، فلا يخلو أن لا يدخله تغيير أو يدخله تغيير، فإن لم يدخله تغيير، فليس له إلا عين ماله، ولا يؤثر فى ضمانه تغيير الأسواق بزيادة أو بنقصان، ولا طول مدة، وإن كانت سنين كثيرة، رواه فى المجموعة ابن القاسم عن مالك، وأن تغير الأسواق لا يؤثر فى حيوان ولا غيره.

وجه ذلك أن حوالة الأسواق غير مؤثرة فى عين ما غصبه الغاصب، فلا يؤثر فى ضمانه.

مسألة: ومن غصب شيئًا من ذلك فى بلد، فوجده صاحبه بغير ذلك البلد، ففى المجموعة من رواية سحنون عن ابن القاسم عن مالك: أن له أن يأخذ العبيد والدواب حيث وجدهم، ليس له إلا ذلك.

وقال أشهب في الحيوان والعروض: أن له أن يأخذه حيث وجده أو يأخذ قيمته منه حيث غصبه، وسيأتى بيان ذلك إن شاء الله تعالى.

ووجه قول مالك أن هذا مما يتنقل غالبا بغير مؤنة على الناقل، فلا مضرة فى ذلك على الغاصب؛ لأنه لم يتموّن فى نقله إلا ما كان يتموّن فى مقامه، وكذلك صاحبه لا مضرة عليه فى رده، ولا مؤنته بخلاف العروض.

وجه قول أشهب أنه مغصوب نقل، فثبت فيه الخيار لصاحبه كالعروض.

مسألة: وأما البز والعروض، فربه مخير بين أخذه بعينه، أو قيمته حيث غصبه، وقاله أشهب. قال سحنون البز والرقيق سواء، إنما له أخذه حيث وجده ما لم يتغير فى يديه.

وجه القول الأول أنه قد ينقصه نقله من بلد الغصب إلى غيره، وذلك بفعل الغاصب، فكان له مطالبته بالقيمة.

ووجه قول سحنون ما احتج به من أنه نقص لا تأثير له فى البدن، فلم يوجب الخيار للمغصوب منه كحوالة الأسواق.

فرع: فإن أخذه بغير بلاد الغصب، فلا كراء عليه، ولا نفقة ولا على الغاصب رده، قاله أصبغ ولأشهب نحوه. وقال المغيرة فى المجموعة، فيمن تعدى على خشب رجل، فحمله من عدن إلى جدة بمائة دينار، فإن كان متعديا، فلرب السلعة أن يكلفه رده إلى عدن أو يأخذه حيث وجده.

ووجه ذلك أنه وجد عين ماله على صفته، فلم يكن له إلا أخذه، ولما نقله عن مكانه الغاصب كان عليه رده كما لو نقله إلى مكان قريب.

مسألة: وأما تغير البدن، ففى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم فى الأمة تتغير عند الغاصب تغيرًا يسيرًا أو كثيرًا، فإن لصاحبها أن يأخذها أو يضمنه قيمتها. قال ابن القاسم: وهرم الجارية عند الغاصب، فوت. قال أشهب: سواء كان ما أصابها من الهرم كثيرًا أو يسيرًا، مثل انكسار اليدين ونحوه، فإن لصاحبها أن يضمنه القيمة إن شاء.

قال القاضى أبو محمد: وهذا إذا كان ما دخلها من النقص بأمر من الله تعالى لا بفعل الغاصب، وليس للمغصوب إلا أخذها بغير أرش، أو يضمنه قيمتها، وليس له أخذها وما نقص؛ لأن الغاصب لم يضمن ما حدث بانفراده، وإنما يضمنه بضمان الجملة، وأما إن كان ما نقص بفعل الغاصب، فهل له أخذ الأرش، فيه خلاف.

قال ابن القاسم: له ذلك. وقال سحنون وابن المواز: ليس له ذلك، وإنما له أخذها ناقصة بغير أرش أو إسلامها، وأخذ قيمتها يوم الغصب.

وجه قول ابن القاسم أنها جناية على ملك غيره كالمبتدأة. ووجه القول الثانى أنه مضمون بالغصب، ولذلك لا يضمن بقيمته يوم الجناية، وإنما يضمن بقيمة يوم الغصب.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وقد وجدت لسحنون أنه يضمن بقيمته يوم الجناية فى العمد، والله أعلم.

مسألة: ومن اغتصب وديا من النخل أو شجرًا صغارًا، فغرسها فى أرضه، فكبرت، ففى كتاب ابن المواز عن مالك: لربها أخذها، وكذلك الحيوان أو الرقيق يكبر. وقال سحنون: إنما يحكم بقلع النخل، إذا كان مما يعلق إن قلعت وغرست.

ووجه ذلك أن هذه زيادة فى الرقيق، فيقتضى أنه ليس له غير حيوانه ورقيقه كما لو سمنت، وأما النخل والشجر، فعندى أن الغاصب إن كان قلعها، وقد علقت، فإن له أن يأخذ شجره أو يضمنه القيمة؛ لأنه ليس على ثقة أن تعلق إن قلعها وغرسها، وإن كان إنما أخذها مقلوعة، فهو بمنزلة الحيوان لا خيار له، وإنما يجب له الخيار فى موضع النقص.

وقد قال ابن القاسم وأشهب فيمن من غصب خمرًا، فخللها، فليس لصاحبها إلا أخذها. وقال أشهب: إلا أن يكون صاحبها ذميًا، فله أن يأخذها أو يضمنه قيمتها خمرًا يوم الغصب.

وجه ذلك أنه إذا كانت الخمر لمسلم، فقد زادت بالتخلل، ولم تنقص فى حقه، فلم يكن له إلا عين ماله، وإن كانت لذمى، فقد نقصت فى حقه بالتخليل، فلذلك كان له الخيار، والله أعلم.

مسألة: وإذا غاب الغاصب عن الجارية، ولم يعلم أنه وطئها، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: أن صاحبها بالخيار بين أن يأخذها أو يضمنه قيمتها، قاله مالك وجميع أصحابه.

قال ابن حبيب: ولسنا نقول ذلك فى الرقيق المذكور، ولا فى الدواب، ومعنى ذلك أنه لا يؤمن على الغصب أن يصيبها، وذلك ينقص ثمنها. وقال أصبغ: إنما ذلك فى الجارية الرائعة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن القيمة الواجبة فى الغصب، هى قيمة السلعة يوم الغصب، سواء زادت بعد ذلك عند الغاصب أو نقصت، قاله مالك وأصحابه، وقد قال ابن القاسم وأشهب فى الموازية، فيمن غصب جارية صغيرة تساوى مائة، فلما كبرت وصارت قيمتها ألفًا ماتت، فإنه يضمن قيمتها يوم الغصب.

قال أشهب فيمن جرح عبدًا قيمته مائة دينار فمات، وقيمته ألف، فإنه يضمن قيمته يوم الجرح، وهذا إذا ماتت بغير فعل الغاصب، فإنها إن ماتت بسببه مثل أن يقتلها، وقد زالت، فقد قال ابن القاسم وأشهب: لا يضمن إلا قيمتها يوم الغصب.

وقال سحنون فى المجموعة: القتل فعل ثان، وقال: إن له أخذه بالقيمة يوم القتل، ثم رجع إلى قول ابن القاسم وأشهب، قال ابن القاسم وأشهب: ولو باعها، وهى تساوى ألفين وخمسمائة، لم يكن له إلا قيمتها يوم الغصب.

مسألة: ولو فقأ الغاصب عمدًا أو خطأ عين الجارية أو قطع يدها، فليس لربها إلا قيمتها يوم الغصب أو يأخذها، ولا شىء له، وقاله ابن المواز. وقال ابن القاسم فى الموازية والمجموعة وغير موضع: له أن يأخذها وما نقصها.

قال الشيخ أبو محمد: يريد يوم الجناية. قال سحنون: وهذا خلاف ما قاله ابن القاسم فى القتل، أن عليه قيمتها يوم الغصب، فيأخذها ومثل قيمتها أو أكثر، فيأخذ فى اليد ما لا يأخذ فى النفس، وإنما له أخذها ناقصة فقط، أو قيمتها يوم الغصب، وقد تقدم فى القتل لسحنون مثل قول ابن القاسم فى قطع اليد ثم رجع عنه.

فصل: وأما إن عرا الاستهلاك والتعدى من الغصب، فإنما له القيمة يوم الاستهلاك، وقد قال مالك فى المجموعة فيمن تعدى، فوطئ أمة رجل، وقيمتها مائة، فحملت أو لم تحمل، ثم قام صاحبها، وقيمتها خمسون، فعليه قيمتها يوم الوطء، وهى فى ضمانه من يومئذ، وعليه فى الغصب قيمتها يوم الغصب، ولا ينظر إلى ما بعد ذلك.

وجه ذلك أن الغصب معنى تضمن به، فلا ينظر إلى ما حدث بعده. وأما التعدى فلم يتقدمه ما يوجب الضمان، فكان ذلك أول حالى الضمان، فكان الاعتبار به.

مسألة: وأما إن استهلك بعض العين أو أدخل عليها نقصًا، فلا يخلو أن يكون يسيرًا أو كثيرًا، فإن كان يسيرًا، فإن لصاحبها أخذها، وقيمة ما نقصت الجناية منها.

قال ابن المواز: ولم يختلف فى هذا قول مالك وابن القاسم وأشهب: كانت جنايته خطأ أو عمدًا، ويخالف ذلك الغاصب، فإنه يلزمه الضمان بالفساد اليسير؛ لتقدم الغصب الموجب للضمان.

وقد قال ابن المواز وأشهب عن ابن القاسم، فيمن كسر قصعة أو قمقمًا أو شق ثوبًا أو كسر سرجًا، فإن فى النقص الكثير قيمته، وفى اليسير ما نقصه. قال أشهب: بغير خياطة، ورواه عن مالك. وقال ابن القاسم: بعد رفوه.

ومعنى ذلك عندى ما يليق بالثوب من خياطته أو رفوه، وهذا عندى إذا كان اليسر لا يبطل المنفعة المقصودة من الحيوان، فإذا بطلت المنفعة المقصودة منه، لزم الجانى جميع قيمته.

وقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ فى الذى يقطع ذنب فرس، أو حمار فاره، أو بغل مما يركب مثله ذوو الهيئات، فإنه يضمن جميع قيمته؛ لأنه أبطل الغرض فيه بخلاف العين والأذن، وهذه المسألة ذكرها القاضى أبو محمد وغيره من أصحابنا البغداديين، وسوى بين الأذن والذنب فى ذلك، وهو الأظهر خلافًا للشافعى، وأبى حنيفة فى قولهما: إنما فى ذلك ما بين القيمتين.

والدليل على ما نقوله ما احتج به القاضى أبو محمد أنه أتلف بهذه الجناية الغرض المقصود من هذه العين، فلزمه ضمانها كما لو أتلف جميعها.

مسألة: ومن تعدى على شاه، فقل لبنها، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: إن كان عظم ما يراد إليه اللبن، فعليه قيمتها إن شاء ربها، وإن لم تكن غزيزة اللبن، فإنما يضمن ما نقصها وأما البقرة والناقة، فإنما يضمن ما نقصها، وإن كانت غزيزة اللبن؛ لأن فيها منافع غير اللبن، وقاله أصبغ.

مسألة: ومن قطع يد عبد غيره أو فقأ عينه، قال أشهب فى المجموعة والموازية: إن عليه ما نقصه، فجعل قطع اليد أو فقء العين فى حيز اليسير.

وقال: وأما قطع اليد الواحدة فى البهائم، فيبطل جل منافعها أو جميعها أن عليه القيمة، وأما فقء العين وقطع الأذن أو الذنب أو كسرها ينجبر فيه، فإن عليه ما نقصها، وقاله مالك وعمر بن عبد العزيز وأبو الزناد.

وروى فى المجموعة أشهب عن ابن كنانة عن مالك فى قطع يد العبد وفقء العين أن ربه مخير بين أخذ ما نقصه أو يضمنه قيمته، فجعله فى حيز الكثير.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فيمن قطع يد عبد، فإن كان صانعًا وعظم قدره لصنعته، ضمنه، وإن لم يكن صانعًا، فقيمة ما نقصه، وإن كان تاجرًا نبيلاً وأما فقء العين، ففيه ما نقصه، وإن كان صانعًا.

فصل: وأما إذا كان الفساد كثيرًا، فقد قال ابن القاسم وأشهب فى المجموعة والموازية فيمن كسر قصعة أو سرجًا أو قمقمًا أو شق ثوبًا أن فى النقص الكثير قيمته.

مسألة: ومن قطع يد عبد أو رجليه أو فقأ عينه، فقد قال أشهب فى المجموعة والموازية: يلزمه قيمته، وقاله ابن كنانة عن مالك، وكذلك ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون، قال أشهب فى كتاب محمد: إلا أن يرى أنه بعد العمى وقطع اليدين لم تذهب أكثر منافعه.

وروى أشهب عن ابن كنانة عن مالك فيمن قطع يد عبد عمدًا، أو فقأ عينه عمدًا خير ربه بين أخذ ما نقصه أو يضمنه جميعه. قال أشهب: إذا أذهب قطع يده الواحدة أكثر منافعه، فليس لسيده إلا قيمته.

وإن لم يذهب أكثر منافعه، فربه مخير كما قال مالك، فعلى هذا يتنوع الفساد عند مالك نوعين: يسير يجب به ما نقص، وليس له تضمينه، وكثير، اختلف قوله فيه، فمرة قال: ليس له إلا القيمة. وهو الذى روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون، فيمن قطع رجلى عبد أو يديه أو فقأ عينيه، فقد لزمته قيمته كلها، وليس لسيدة أن يختار إمساكه، ويأخذ ما نقصه، وكذلك غير العبد من عرض أو غيره. ومرة قال: هو مخير بين أخذه، وما نقص أو أخذ قيمته.

قال ابن المواز: وإلى هذا رجع مالك فى الفساد الكثير ويتنوع الفساد عن أشهب إلى ثلاثة أنواع، أحدها: يسير ليس إلا ما نقص. والثانى: أن ينقص الكثير، ولا يذهب أكثر المنافع، فهذا يكون صاحب السلعة مخيرًا على ما ذكر. وأما إذا أتلف أكثر المنافع، فليس لصاحبه إلا القيمة.

وقد قال أشهب فى الثوب والعبد إذا كان له تضمينه القيمة بكثرة الفساد، فليس له أن يأخذه، ويأخذ ما نقصه، وإنما له أخذه بحاله ولا شىء له غيره، أو يلزمه قيمة جميعه، وكذلك ذابح الشاة فليس لصاحبها أن يأخذها لحما ويأخذ ما نقصها.

قال ابن المواز: وهو أحب إليَّ لما لزمته القيمة لم يكن له أن يأخذ القيمة من غير العين الذهب أو الورق، وليس له أن يأخذ سلعته وبعض القيمة، ولا يأخذ غير القيمة إلا باجتماع منهما على أمر جائز إلا أن يرضى صاحب السلعة أن يأخذها ناقصة دون شيء، فذلك له.

واحتج أشهب أنه كما ليس له أن يضمنه في اليسير كذلك ليس له في الكثير أن يأخذ سلعته وما نقصه.

قَالَ يحيى: وسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ فِيمَنِ اسْتَهْلَكَ شَيْئًا مِنَ الطَّعَامِ بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ: فَإِنَّمَا يَرُدُّ عَلَى صَاحِبِهِ مِثْلَ طَعَامِهِ بِمَكِيلَتِهِ مِنْ صِنْفِهِ، وَإِنَّمَا الطَّعَامُ بِمَنْزِلَةِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ، إِنَّمَا يَرُدُّ مِنَ الذَّهَبِ الذَّهَبَ، وَمِنَ الْفِضَّةِ الْفِضَّةَ، وَلَيْسَ الْحَيَوَانُ بِمَنْزِلَةِ الذَّهَبِ فِي ذَلِكَ فَرَقَ بَيْنَ ذَلِكَ، السُّنَّةُ وَالْعَمَلُ الْمَعْمُولُ بِهِ(١).

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن من استهلك شيئًا من الطعام تعديًا، فإن عليه مثله في الكيل والصفة، وهذا إذا كان معلوم الكيل، وكذلك ما يوزن ويعد على ما قدمناه، فإن كان غير معلوم القدر، فإن عليه قيمته لحوز صبرته، ويكون عليه قيمتها؛ لأنه لو دفع إليه مثل ما حوز فيها لم يأمن أن يدفع إليه عن صبرته حنطة أكثر منها أو أقل، فيؤدى إلى التفاضل في الطعام.

فرع: وهذا قبل الحكم عليه بالقيمة، فأما إذا حكم عليه بالقيمة، فقد روى سحنون عن أشهب في العتبية فيمن غصب صبرة قمح، فأراد الغاصب أن يصالح منها على كيل من القمح، فإن كان قد ألزم الغاصب القيمة بحكم أو صلح، فلا بأس أن يأخذ منه بتلك القيمة كيلاً من القمح.

وأما قبل ذلك، فلربها أن يقيم البينة أنها عشرون أردبًا، ويأخذ ذلك إلا أن يصالحه من المكيل على ما لا شك فيه، يريد لا شك أنه أقل من حقه، قال: وكذلك من غصب خلخالاً فضة، ويلزمه قيمتها من الذهب.

مسألة: ومن خلط قمحًا لرجل بشعير لغيره، ضمن لكل واحد منهما مثل طعامه، قاله ابن القاسم وأشهب.

وجه ذلك أنه قد أتلف عين طعام كل واحد منهما، ومنعه الوصول إلى قبضه.

---

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٢/١٢٩.

فرع: فإن لم يكن للجانى مال بيع الطعام المخلوط، واشترى من ثمنه لكل واحد منهما مثل طعامه، قاله أشهب، قال: فإن فضل شىء فللجانى، وإن نقص شىء، فعليه إلا أن يشاء صاحبا الطعام أن يتركا طلب الجانى، ويأخذا الطعام، ويقتسمانه بينهما.

وقد جوزه ابن القاسم وأشهب واختلفا فى صفة الاشتراك فيه، فقال ابن القاسم: يشتركان فى الطعام المختلط أحدهما بقيمة قمحه، والآخر بقيمة شعيره.

وقال أشهب: لا يجوز أن يشتركا فيه إلا على السواء، إن كانت مكيلة طعامهما سواء، ولا يجوز على التفاضل فيه؛ لأن ذلك يؤدى إلى التفاضل بين القمح والشعير، قال سحنون: ليس لهما أن يتركاه للغاصب، ويأخذا الطعام المختلط على التساوى، ولا على القيمة.

مسألة: ولو خلط زيتًا بسمن أو سمن بقر بسمن غنم، يضمن ما ضاع منه، وما بقى، ولو خلط نوعًا واحدًا كزيت بزيت أو سمنًا بعسل أو بزيت أو سمنًا بسمن، فضاع بعضه، ضمن ما ضاع، وما بقى، ولصاحبى ذلك أن يقتسماه بشطرين أو يدعاه، وما كان من جنسين كالسمن والعسل، لهما أن يصطلحا فيه على الثلث والثلثين كان أحدهما باع ثلث سمنه بثلثى عسل صاحبه، قال ذلك أشهب.

وجه ذلك أن خلط النوع الواحد جناية على من خلط ماله بمال غيره لاسيما أن التساوى المحقق فى الأغلب غير موجود، فلذلك لزمه لضمان.

فإذا كان مما لا يجوز بينهما التفاضل، لم يجز أن يقتسماه عند أشهب إلا على التساوى؛ لأن التفاضل يحرم فيه، وإن كانا مما يجوز فيه التفاضل كالعسل والسمن جاز أن يقتسماه على ما يتراضيان عليه؛ لأن التفاضل فيهما غير ممنوع، والله أعلم، وقد تقدم قول ابن القاسم وسحنون فى مثل هذا.

مسألة: وهذا فيما لا يمكن تمييز بعضه من بعض، فأما ما يمكن فيه ذلك، فقد قال أشهب فيمن خلط جوز رجل بحنطة آخر: أنه لا يضمن؛ لأنه يقدر على تخليص ذلك بلا مضرة على القمح والجوز.

قال: وكذلك خلط الجوز بالرمان، والرمان بالأترج، والتفاح، إلا أن يكون خلطهما يفسد أحدهما، فيضمن الذى يفسد بالخلط، وإن كانا يفسدان بذلك ضمنهما، ولو تلفا قبل الفساد. قال ابن المواز: كيف يضمنهما قبل أن يفسدا، والخلط ليس بموجب للضمان، وإنما يوجبه الفساد.

مسألة: ومن غصب قمحًا، فطحنه، قال ابن القاسم فى المجموعة: عليه مثله. وقال أشهب في غيرها: يأخذ صاحب القمح دقيقه، ولا شيء عليه فى طحينه. وأصل ابن القاسم فى هذا مخالف لأصل أشهب.

وذلك أن ابن القاسم يقول: إن الغاصب إذا صنع فيما غصب صناعة، لم يكن للمغصوب منه أن يأخذ ذلك إلا بأن يدفع إلى الغاصب قيمة تلك الصناعة، وإلا ضمنه ما غصبه إياه، فإن كان ثوبًا صبغه الغاصب كان لصاحبه أن يدفع إليه قيمة صبغه، أو يضمنه قيمة ثوبه، وإن كان مما له مثل، فكذلك يدفع إليه قيمة صناعته أو يأخذ منه مثل ما له، ولا يجوز ذلك فى الحنطة؛ لأنها حنطة ودراهم بدقيق، ولا يجوز فيهما التفاضل.

وأشهب يقول: أن ما يصنعه الغاصب فى ذلك كله يبطل، وللمغصوب منه أن يأخذ الثوب، ولا يعطيه قيمة الصبغ، ويأخذ الحنطة، ولا يعطيه قيمة الطحن، واتفقا فى المجموعة على أنه من غصب حنطة، فطحنها سويقًا، ولته، فليس لربها أخذ ذلك، فإن لم يكن للغاصب مال بيع السويق، فاشترى من ثمنه مثل الحنطة، فما فضل فللغاصب، وما نقص اتبع به.

قال أشهب: وليس كذلك الثوب يصبغ، والثوب يقطع، والعمود يدخل فى البنيان؛ لأن اسم ذلك قائم بعد، واسم القمح قد زال، وانتقل إلى اسم السويق. قال سحنون: كل ما غير حتى يصير له اسم غير اسمه، فليس له أخذه، وهو فوت.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون: أن لرب الحنطة أن يأخذها إذا طحنها الغاصب سويقًا أو يضمنه مثلها، ولا حجة للغاصب فى الصنعة؛ لما روى: أنه ليس لعرق ظالم حق.

واتفق أشهب وابن القاسم على أن من غصب ثوبًا، فجعله ظهاره أو بطانه لجبة، أو جعله قلانس، فإن لربه فتقه، وأخذه أو أخذ قيمته، وذلك أنه عند أشهب لم ينقل عن اسمه، وعند ابن القاسم ليس فيه غير صناعة يجب على صاحب الثوب قيمتها.

مسألة: ومن غصب عمودًا أو خشبة، فأدخلها فى بنيانه، فإن لصاحبها أن يأخذه، وإن خرب البنيان، قاله مالك وأشهب وابن القاسم، ولو عمل الخشبة بابًا لم يكن له أن يأخذه.

قال مالك: لأنه لا يقدر أن يعيده إلى ما كان عليه، وعلى قول أشهب قد انتقل عن

اسم الخشبة إلى اسم الباب، وليس له أخذ الباب دون غرم قيمة الصنعة، ولا أن يأخذه ويدفع قيمة الصنعة؛ لأنه قد حال إلى غير ما كان عليه. قال: وكذلك الحنطة تتخذ خبزًا، والجلد خفافًا.

مسألة: ومن غصب فضة، فصاغها حليًا أو ضربها دراهم، أو غصب دراهم، فصاغها حليًا، أو غصب حليًا، فكسره، وصاغ منه حليًا آخر يخالفه، أو نحاسًا، فصنع منه آنية أو حديدًا، فصنع منه سيوفًا أو آنية، فقد قال أشهب وابن القاسم: ليس لرب المال هذا أخذ ذلك، وله مثل وزن فضته ونحاسه وحديده، ومثل دراهمه، وقيمة الحلى. قال: أشهب: وليس له أن يعطيه قيمة الصنعة لما فى ذلك من التفاضل بين الفضتين، ولا أن يذهب بصنعته باطلاً، وليس كالحنطة يطحنها سويقًا؛ لأن التفاضل بين الحنطة والسويق، وإن لم يلت جائز.

وقد تقدم من قوله ومن قول ابن القاسم فى السويق: ما يجب أن يتفاضل. وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن غصب فضة، فصاغها حليًا: أن لربها أخذها أو يضمنه مثل فضته؛ لأنه لا حق لعمل ظالم.

ووجه ذلك أنه يمكن ردها إلى ما كانت معه عليه كالجذع والحجر يدخل فى البنيان، وهذا يخالف صبغ الثوب وطحن القمح؛ لأنه لا يمكن أن يعاد إلى ما كان عليه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن كان المستهلك من أحدهما مجهول العدد، لزمت فيه القيمة أيضًا؛ لأن اعتبار المثل مع الجهل بالوزن، لا يكاد يسلم فيه من التفاضل بين الذهبين والورقين، وذلك ممنوع باتفاق.

مسألة: ومن غصب كتانًا مغزولاً أو منقوشًا، فغزله ثم نسجه ثوبًا، فعليه مثل الكتان، فإن لم يوجد مثله، فقيمته يوم استهلاكه، رواه ابن المواز عن أشهب، قال: وقال ابن القاسم: عليه قيمة الغزل.

وجه ذلك أنه عند أشهب قد انتقل إلى اسم آخر، وعند ابن القاسم قد انتقل إلى جنس آخر يجوز التفاضل بينه وبين ما غصبه مع النساء، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن وجد طعامه بغير بلاد الغصب، ففى كتاب ابن المواز عن أشهب: هو مخير بين أخذه، وأخذ مثله فى موضع الغصب. وقال سحنون: لا أعرف قول أشهب هذا، وإنما له أخذه بمثله فى موضع الغصب، وكذلك روى أصبغ عن

أشهب فى العتبية والموازية، وقاله ابن القاسم فى الطعام والأدام وكل ما يوزن أو يكال.

قال أصبغ: إن كان البلد البعيد، فالقول ما قال ابن القاسم، وإن كان قريبًا كبعض الأرياف والقرى، ويحمل على الظالم بعض الحمل.

وجه قول أشهب أن نقله إلى بلد آخر، إما أن يكون زيادة لا غبن لها، فذلك لا يمنع صاحب الحق من أخذه حقه، وقد وجده بعينه أو يكون نقصًا فى الصفة، فقد رضى بها.

وجه قول ابن القاسم أن الحمل زيادة فى الطعام، ليس له أن يعطى عنها عوضًا لما يدخل ذلك من التفاضل بين ا لطعامين الذى وجب له بالنقل، والذى يجبر صاحب الطعام فيهما، ولا يجوز أيضًا المساحة بقدر الحمل؛ لأنه يؤدى إلى ذلك، والله أعلم.

مسألة: فإذا قلنا إنه ليس له إلا القيمة، وإذا اختارها صاحب الطعام على قول أشهب، فلا يرفع الطعام المنقول إلى الغاصب حتى يتوثق منه. قال أشهب: يحال بين الغاصب وبين الطعام حتى يوفى المغصوب منه حقه. وقال أصبغ: يتوثق له بحقه، قبل أن يخلى بينه وبينه، وقاله ابن المواز.

مسألة: ولو أتلف عسلاً أو سمنًا ببلد، فلم يجد فيه مثله، فقد حكى ابن المواز عن ابن القاسم: عليه أن يأتيه بمثله، وله أن لا يأخذ قيمته إلا يصطلحا على أمر يجوز. وقال أشهب: رب الطعام مخير، إن شاء صبر، وألزمه المثل يأتى به، وإن شاء ألزمه القيمة الآن.

وقال ابن عبدوس: اختلف فى هذا كما اختلف فى الفاكهة يسلم فيها، فينقضى إبانها، وقد بقى بعضها، فالصبر حتى يؤتى بالطعام من هذا خير كالصبر حتى يأتى إبان الثمرة إلى قابل.

قال ابن القاسم: يلزم الطالب التأخير فيهما. وقال أشهب: يرد إليه رأس ماله فى السلم، ولا يجوز التأخير.

وقال فى الطعام: يأخذ قيمة الطعام، إن شاء، وإن شاء أن يؤخر، وهذا على أصله فسخ دين فى دين، وإنما ينظر، فإن كان الموضع الذى يوجد فيه ذلك على يوم أو يومين أو ثلاثة أو الأمر القريب، فليس له إلا مثل طعامه يأتيه به، وإن كان على الطالب فى تأخيره ضرر، أو كان استهلكه فى لج بحر أو سفر بعيد، فعليه قيمته حيث استهلكه يأخذه به حيث لقيه.

فصل: قوله: «**وإنما الطعام بمنزلة الذهب والفضة، يرد من الذهب الذهب، ومن الفضة الفضة**» وذلك أن الذهب والورق لا يخلو أيضًا أن يكونا معلومى القدر أو غير معلومى القدر، فإن كانا معلومى القدر، فلا يخلو أن يكون غير مصوغ أو مصوغًا، فإن كان غير مصوغ مثل أن يكون تبرًا أو مضروبًا، فإن هذا فيه المثل يرد من الذهب ذهبًا، ومن الفضة فى مثل القدر والصفة؛ لأن التماثل فيها موجود غير معدوم، وإنما يعدل إلى القيمة إذا عدم التماثل.

مسألة: فإن كان الذهب أو الفضة مصوغين، فإن عليه قيمته فى مثل تلك الصياغة، إن كان المستهلك ذهبًا، فقيمته من الفضة، وإن كان فضة، فقيمته من الذهب، رواه ابن القاسم عن مالك.

وجه ذلك أن الصياغة من جملة ما استهلك، وعليه قيمتها، والتماثل متعذر فيها لاسيما مراعاة جنس فضتها؛ لأن الدنانير والدراهم لا تضرب إلا بعد ردّها إلى التماثل فى الجنس، والتماثل فى السكة غير معدوم.

وأما الصائغ، فلا يعتبر فى وجود ما يصوغه شيئًا، بل يتفاوت جودة ما يصاغ من ذلك، ولا يكاد يوجد فيها التماثل، فلذلك لزمت فيه القيمة.

مسألة: ومن تعدى على سوارين لغيره، فهشمهما، فقد قال ابن القاسم فى المجموعة والموازية: عليه قيمة الصياغة من ذهب أو فضة، وليس كالفساد الفاحش فى العروض؛ لأنه أتلف الصنعة. وقال أشهب: عليه أن يصوغهما له.

وقد قال مالك فيهما، وفى الجدار يهدمه: فإن لم يقدر أن يصوغهما، فعليه ما نقص من قيمتهما مصوغين ومكسورين، ولا أبالى قوما بذهب أو فضة. وقال ابن المواز: عليه قيمة ما نقصتها الصنعة.

وجه قول ابن القاسم أنه لم يتعد على الذهب، وإنما تعدى على الصياغة، فكان عليه قيمتها؛ لأنها مما لا مثل له.

وجه قول أشهب: عليه أن يصوغهما له؛ لأن الصياغة عنده مما لها مثل، ولذلك قال فيمن استهلكهما: لا ألزمه مثلهما؛ لأنى لا آمن أن يكون فى ذلك أكثر من ذهبه أو أقل، وفى الكثير إنما يصوغ ذهبهما نفسه، وهذا الذى قال غير متخلص؛ لأنه يلزمه أن يأتى بذهب مثله، ويصوغ مثل تلك الصناعة.

ووجه قول ابن المواز: عليه ما نقصتهما الصياغة، أنه نقص طرأ على الحلى لا يتصور انفراده دونه، وهو مما لا مثل له، فكان عليه ما نقص كما لو جنى على ثوب بتخريق.

قَالَ يَحْيَى: وسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: إِذَا اسْتُوْدِعَ الرَّجُلُ مَالا، فَابْتَاعَ بِهِ لِنَفْسِهِ، وَرَبِحَ فِيهِ، فَإِنَّ ذَلِكَ الرِّبْحَ لَهُ؛ لأَنَّهُ ضَامِنٌ لِلْمَالِ حَتَّى يُؤَدِّيَهُ إِلَى صَاحِبِهِ[1].

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن من تجر بمال استودعه، فربح فيه، فإن الربح له، وقد اختلف قول مالك فى جواز السلف من الوديعة بغير إذن المودع، فحكى القاضى أبو محمد فى معونته: إن ذلك مكروه. قد روى أشهب عن مالك فى العتبية: أنه قال: ترك ذلك أحب إلىّ، وقد أجازه بعض الناس، فروجع فى ذلك، فقال: إن كان له مال فيه وفاء، وأشهد، فأرجو أن لا بأس به.

ووجه الكراهية ما احتج به القاضى أبو محمد لأن صاحبها إنما دفعها إليه ليحفظها لا ليتنفع بها، ولا ليصرفها، فليس له أن يخرجها عما قبضها عليه. وفى المدونة من رواية محمد بن يحيى عن مالك: من استودع مالا أو بعث به معه، فلا أرى أن يتجر به، ولا أن يسلفه أحدًا، ولا يحركه؛ لأنى أخاف أن يفلس أو يموت، فيتلف المال، ويضيع أمانته.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٣١/٢٢، وقال: اختلف العلماء فى هذه المسألة: فكان ربيع بن أبى عبد الرحمن، ومالك بن أنس، والليث بن سعد، وأبو يوسف القاضى يقولون: إذا رد المال طاب له الربح غاصبًا كان المال أو مستودعا عنده مستعديا فيه.

وكان أبو حنيفة، وزفر، ومحمد بن الحسن يقولون: يؤدى المال، ويتصدق بالربح كله، ولا يطيب له بشيء منه. وقال الأوزاعى: الذى هو أسلم له أن يتصدق بالربح. وقال ابن خواز بنداد: من اشترى بدراهم مغصوبة، فربح كان الربح له، ويستحب له فيما بينه، وبين الله تعالى أن يتنزه عنه، ويتصدق به.

وقال الشافعى: إن كان اشترى بالمال بعينه، فالسلعة والربح لرب المال. وحكى الربيع، عن الشافعى، قال: إذا اشترى الغاصب السلعة بمال بغير عينه، ثم نقد المال المغصوب، أو مال الوديعة بغير إذن ربها، فالربح له، وهو ضامن لما استهلك خاصة من مال غيره، وإن اشتراه بالمال بعينه، فرب المال بالخيار بين أخذ المال، والسلعة. قال الربيع: وله فيها قو آخر أن البيع فاسد إذا اشترى بالمال المغصوب بعينه.

وروى عن أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام، وعطاء ابن أبى رباح مثل قول مالك. وروى عن مجاهد أنه يتصدق بالربح مثل قول أبى حنيفة. وقالت طائفة: الربح على كل حال لرب المال. وروى ذلك عن أبى حنيفة. وروى ذلك عن عبد الله بن عمر.

ووجه الرواية الثانية: أنا إذا قلنا إن الدنانير والدراهم لا تتعين، فإنه لا مضرة فى انتفاع المودع بها، إذا رد مثلها، وقد كان له أن يرد مثلها، ويتمسك بها مع بقاء أعيانها.

مسألة: وهذا فيما لا يتعين، فأما ما يتعين، فعلى ضربين: ما له مثل كالمكيل والموزون والمعدود، ما لا مثل له كالحيوان والعروض، فأما له مثل، فالأظهر عندى المنع منه، ويجىء على قول القاضى أبى محمد أنه يرى برد مثله إباحة ذلك، وسيجىء ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى، وأما ما لا مثل له، فلا شبهة فى المنع منه، وبالله التوفيق.

فرع: وإن تلفت الوديعة بعد ما تسلف منها، ففى كتاب ابن المواز: لا يضمن إلا ما تسلف. وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون: إن استودعها مصرورة، فحل صرارها، ثم تسلف منها شيئًا، ضمن جميعها، تلفت بعد أن رد فيها ما تسلف أو قبله، وكذلك لو حلها، ولم يتسلف منها، ولو أودعها منثورة، لم يضمن غير ما تسلف منها.

مسألة: ومن اسلف شيئًا من ذلك، ورده، فقد قال يحيى بن عمر: اختلف قول مالك فى الذى ينفق من وديعة عنده، ثم يرد ما أنفق، فقال: لا شىء عليه، وبه أخذ ابن القاسم وأشهب وابن عبدالحكم وأصبغ.

وقال ابن حبيب: سواء كانت منثورة أو مصرورة. وقال مالك: أيضًا لا يبرأ، وإن رده؛ لأنه دين ثبت فى ذمته، وبهذا أخذ المدنيون من أصحاب مالك، ورواه المصريون، ولم يأخذوا به.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون: إذا استودعها مصرورة، فحل صرارها، ثم تلف منها شىء بعد الرد ضمنه، وإن استودعها منثورة، ثم رد ما تسلفه لم يضمنه.

وحكى القاضى أبو محمد عن مالك القول الأول من هذه الأقوال، وحكى ابن الماجشون: أنه يلزمه الضمان على الإطلاق، واحتج لقول مالك بأن الذى أوجب عليه الضمان تعديه بالأخذ، فإذا رد ما أخذ، فقد زال التعدى، وسقط عنه الضمان، قال: ولأنه حافظ لها على الوجه الذى أمر به، فلم يلزمه ضمان كحالة الابتداء.

وجه قول عبدالملك أنه قد خرج عن الأمانة بأخذها على وجه التعدى، فرده إياها لا يزيل عنه الضمان، كما لو جحدها، ثم اعترف بها.

فرع: إذا قلنا إنه سقط عنه الضمان بالرد، فإن ذلك فيما له مثل كالذهب والفضة

والحنطة والعسل، وكل ما يكال ويوزن، وأما فيما يلزم فيه القيمة، فلا يسقط عنه الضمان، حكى ذلك القاضى أبو محمد، وهو معنى ما قال فى المدونة: أنه إن رد مثل الثياب فى الصفة والطول والعرض، لم يبرئه ذلك، عند ابن القاسم؛ لأن من استهلك لرجل ثوبًا، فقد لزمته قيمته، ولم يكن له أن يخرج مكانها ثوبًا.

فرع: فإذا قلنا يبرأ برد المثل فيما له مثل، فإن أقام البينة برد المثل، برئ، وإن ادعى ذلك من غير بينة، فقد قال القاضى أبو محمد: فى ذلك روايتان، إحدهما: يقبل؛ لأن ذلك موكول إلى أمانته كادعائه التلف. والثانية: لا يقبل؛ لأن ما تسلف قد تعلق بذمته، فلا يبرأ منه إلا ببينة أو إقرار كسائر الديون، ويحتمل أن يكون القاضى أبو محمد أشار إلى ما روى عيسى عن ابن القاسم فى المدنية: أنه لا بينة عليه.

وقال مالك: إن رده ببينة، برئ، وإلا لم يبرأ منه، وبه أخذ ابن وهب، ورواه محمد بن يحيى عن مالك. وفى كتاب ابن المواز: إن تسلفها ببينة، لم يقبل قوله فى رد ذلك، ولم يذكر يمينًا. وقال فى كتاب ابن المواز: هو مصدق مع يمينه، وقاله أشهب فى كتابه، قال فى المدونة: لأنه لو قال: تلفت، ولم آخذ منها شيئًا، لصدق.

وجه الرواية بنفى اليمين، وهو ظاهر ما فى المدونة أنها يمين تهمة، فلا يلزم المؤتمن.

ووجه الرواية الثانية أن الحق قد تعلق فى ذمته، فلا يصدق فى براءته منه بمجرد دعواه.

مسألة: وهذا إذا تسلف منها بغير إذن صاحبها، وأما من أودع وديعة، فقيل له تسلف منها إن شئت، فتسلف منها، وقال: رددتها، فقد قال ابن شعبان: لا يبرئه رده إياها إلا إلى ربها.

وجه ذلك أنه إذا قال ذلك رب المال، صار هو المسلف، فلا يبرأ المتسلف إلا برد ذلك إليه، وعندى أنه يبرأ بردها إلى الوديعة؛ لأنه على حسب ذلك كانت عنده قبل أن يتسلفها، فإذا ردها إلى ما كانت عليه، برئ من الضمان، والله أعلم.

فصل: وقولنا: «**إنه إن ابتاع به لنفسه، فربح، فالربح له؛ لأنه ضامن له**» يريد إن كان المال عينًا، وذلك أن الوديعة لا يخلو أن تكون عينًا، أو غير عين؛ فإن كانت عينًا، فمذهب مالك أن ما ابتاع به له، وأن الربح فى ذلك له، والخسارة عليه.

وهذا عندى مبنى على أن الدنانير والدراهم لا تتعين بالغصب، ولذلك قال: أنه لو

كانت الوديعة طعامًا، فباعه بثمن، فإن صاحبه مخير بين إمضاء البيع، وأخذ الثمن أو تضمينه مثل طعامه.

ووجه ذلك أن هذا مما يتعين بالصفة، ويتعلق معنى آخر، وهو أن المودع لم يبطل على المودع غرضه من الدراهم؛ لأنه إنما أمره بحفظها.

ولو كانت بضاعة أمره أن يشترى بها سلعة معينة أو غير معينة، فاشترى لنفسه، فإن صاحب البضاعة مخير بين أن يضمنه مثل بضاعته أو يأخذ ما اشترى بها.

ووجه ذلك أنه قد رام أن يبطل عليه غرضه من بضاعته ويستبد بربحها، فلم يكن ذلك له.

مسألة: وابتياعه لنفسه، إنما يؤثر فى العقود التى من شرطها التناجز فى المجلس، ففى كتاب ابن المواز: ولو كانت الوديعة دراهم، فصرفها بدنانير، أو دنانير، فصرفها بدراهم لنفسه، فليس لربها إلا ما كان له، وليس له أن يأخذ ما صرفها به، إلا أن يرضى المودع، فإن صرفها لربها لا يحل له أن يأخذ ما صرفها به.

وإن رضى بذلك، ولكن يصرف هذه إن كانت دراهم بمثل دنانيره، فما كان من فضل، فلربها، وما كان من نقص ضمنه المتعدى بخلاف التعدى فى العروض التى يكون ربها مخيرًا فى التعدى عليه.

وجه ذلك أنه إذا صرف الدراهم لنفسه، صح الصرف فيها، وإذا صرفها لصاحبها كان بالخيار، فمنع ذلك صحة الصرف.

فإن فات بإنكار من صارفه أو مغيبه، لم يحل لصاحب الدراهم أخذ عوضها من الذهب؛ لأن ذلك إمضاء منه لصرف الخيار، وهذا مذهب مالك فى أن ربح الوديعة للمودع، وبه قال أبو بكر بن عبدالرحمن وربيعة.

وقال أبو حنيفة: يتصدق بالربح، ولا شىء منه للمودع ولا للمودع. وقال الشافعى: إن اشترى بذلك المال بعينه، فالربح لصاحبه، وإن اشترى بمال غير معين، فقضى من الوديعة، فالربح للمودع.

وجه ذلك قول مالك أنه اغتصب عددًا ما، فلم يكن عليه غيره كما لو اشترى به ثوبًا يساوى أكثر من ثمنه فلبسه أو وهبه.

فصل: وقوله: **«لأنه ضامن للمال حتى يوفيه إلى صاحبه»** يريد على أصل مالك أو

إلى من يقوم مقامه فى القبض له؛ لأنه إذا رده إلى الوديعة، فقد ردّه إلى صاحبه؛ لأن يد المودع تنوب عن يد صاحبه، فإذا نوى رده ووجد منه من العمل ما يتم به ذلك، فقد ردّه إلى صاحبه، وهذا على مذهب مالك.

وأما على مذهب ابن الماجشون فى المصروف: لا يبدأ إلا بردّه إلى صاحبه فى رواية ابن حبيب عنه، أو على رواية القاضى أبى محمد عنه فى إطلاق ذلك، والأمر بين، والله أعلم.

* * *

القضاء فيمن ارتد عن الإسلام

١٣٩٦ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ غَيَّرَ دِينَهُ فَاضْرِبُوا عُنُقَهُ».

وَمَعْنَى قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ فِيمَا نُرَى، وَاللَّهُ أَعْلَمُ: مَنْ غَيَّرَ دِينَهُ فَاضْرِبُوا عُنُقَهُ، أَنَّهُ مَنْ خَرَجَ مِنَ الإِسْلامِ إِلَى غَيْرِهِ مِثْلُ الزَّنَادِقَةِ وَأَشْبَاهِهِمْ، فَإِنَّ أُولَئِكَ إِذَا ظُهِرَ عَلَيْهِمْ قُتِلُوا وَلَمْ يُسْتَتَابُوا؛ لأَنَّهُ لا تُعْرَفُ تَوْبَتُهُمْ، وَأَنَّهُمْ كَانُوا يُسِرُّونَ الْكُفْرَ، وَيُعْلِنُونَ الإِسْلامَ، فَلا أَرَى أَنْ يُسْتَتَابَ هَؤُلاءِ، وَلا يُقْبَلُ مِنْهُمْ قَوْلُهُمْ، وَأَمَّا مَنْ خَرَجَ مِنَ الإِسْلامِ إِلَى غَيْرِهِ وَأَظْهَرَ ذَلِكَ، فَإِنَّهُ يُسْتَتَابُ، فَإِنْ تَابَ، وَإِلا قُتِلَ، وَذَلِكَ لَوْ أَنَّ قَوْمًا كَانُوا عَلَى ذَلِكَ رَأَيْتُ أَنْ يُدْعَوْا إِلَى الإِسْلامِ، وَيُسْتَتَابُوا، فَإِنْ تَابُوا، قُبِلَ ذَلِكَ مِنْهُمْ، وَإِنْ لَمْ يَتُوبُوا، قُتِلُوا، وَلَمْ يَعْنِ بِذَلِكَ فِيمَا نُرَى، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، مَنْ خَرَجَ مِنَ الْيَهُودِيَّةِ إِلَى

١٣٩٦ - أخرجه النسائى، عن ابن عباس ١٠٤/٧ كتاب تحريم الدم باب حكم المرتد. ابن ماجه برقم ٢٥٣٥، عن ابن عباس ٨٤٨/٢ كتاب الحدود باب المرتد، عن دينه. الشافعى فى بدائع السنن برقم ١٤٨٢. البيهقى ١٩٥/٨، عن ابن عباس. عبدالرزاق فى المصنف ١٦٨/١٠ برقم ١٨٧٠٦، عن ابن عباس. الطبرانى فى الكبير ٣٣٠/١٠، عن ابن عباس. الدارقطنى ١١٣/٣، عن ابن عباس. ابن أبى شيبة ١٣٩/١٠، عن ابن عباس. البغوى بشرح السنة ٢٣٨/١٠، عن ابن عباس.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٨٤/٨: هكذا رواه جماعة رواة الموطأ مرسلا ولا يصح فيه عن مالك غير هذا الحديث المرسل، عن زيد بن أسلم. وقد روى فيه مالك، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبى ﷺ قال: «من بدل دينه فاقتلوه». وهو منكر عندى، والله أعلم.

النَّصْرَانِيَّةِ، وَلا مِنَ النَّصْرَانِيَّةِ إِلَى الْيَهُودِيَّةِ، وَلا مَنْ يُغَيِّرُ دِينَهُ مِنْ أَهْلِ الأَدْيَانِ كُلِّهَا إِلا الإِسْلامَ فَمَنْ خَرَجَ مِنَ الإِسْلامِ إِلَى غَيْرِهِ، وَأَظْهَرَ ذَلِكَ، فَذَلِكَ الَّذِي عُنِيَ بِهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح: قوله عليه السلام: «**من غير دينه، فاضربوا عنقه**»[1] فقد قال مالك: إن معناه فيمن خرج عن الإسلام إلى غيره على وجه لا يستتاب فيه كالزنادقة. وفى كتاب ابن الماجشون: أن معنى قوله ﷺ: «من غيرَّ دينه، فاقتلوه» يعنى بعد الاستتابة، فإن تاب، ترك، فحمل ذلك على المرتد المظهر لارتداده، وذلك أن من انتقل إلى غير دين الإسلام، لا يخلو أن يسر كفره أو يظهره، فإن أسره، فهو زنديق.

قال ابن القاسم فى العتبية من رواية عيسى: من أسر من الكفر دينًا خلاف ما بعث الله به محمدًا ﷺ من يهودية، أو نصرانية، أو مجوسية، أو منانية، أ, غيرها من صنوف الكفر أو عبادة شمس، أو قمر، أو نجوم، ثم اطلع عليه، فليقتل، ولا تقبل توبته. قال ابن المواز: ومن أظهر كفره من زندقة أو كفر برسول الله ﷺ أو غير ذلك، ثم تاب قبلت توبته.

وروى سحنون وابن المواز عن مالك وأصحابه: يقتل الزنديق، ولا يستتاب إذا ظهر عليه. قال سحنون: إن تاب لم تقبل توبته، وهذا أحد قولى أبى حنيفة، وله قول آخر: تقبل توبته، وبه قال الشافعى.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿**فلما رأوا بأسنا قالوا آمنا بالله وحده وكفرنا بما كنا به مشركين فلم يك ينفعهم إيمانهم لما رأوا بأسنا**﴾ [غافر: ٨٥]، قال جماعة من أهل العلم: البأس هاهنا: السيف.

---

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٨/٢٨٤: فقه هذا الحديث، أن من ارتد عن دينه حل دمه، وضربت عنقه؛ والأمة مجتمعة على ذلك، وإنما اختلفوا فى استتابته: فطائفة منهم، «قالت: لا يستتاب على ظاهر هذا الحديث، ويقتل». وطائفة منهم قالت: يستتاب بساعة واحدة، ومرة واحدة، ووقتا واحدا. وقال آخرون: يستتاب شهرا. وقال آخرون: يستتاب ثلاثا - على ما روى عن عمر، وعثمان، وعلى، وابن مسعود. «ولم يستتب ابن مسعود ابن النواحة وحده، لقول رسول الله ﷺ: لولا أنك رسول لقتلتك. قال له: وأنت اليوم لست برسول؛ واستتاب غيره».

ودليلنا من جهة السنة ما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من بدل دينه فاقتلوه»(*). واحتج مالك لذلك بأن توبته لا تعرف.

وقال سحنون: لما كان الزنديق يقتل على ما أسر، لم تقبل توبته؛ لأن ما يظهر لا يدل على ما يسر؛ لأنه كذلك كان، فلا علامة لنا على توبته، والمرتد يقتل على ما أظهر، فإذا أظهر توبته، أبطل بها ما أظهر من الكفر.

قال: وأجمع العلماء على أن من جاهر بالفساد والسفه، قبلت توبته، وصار إلى العدالة، ومن شهد بالعدالة، وشهد بالزور، لم تقبل شهادته، وإن أظهر الرجوع عما ثبت عليه.

مسألة: وإذا أقر الزنديق بكفره قبل أن يظهر عليه، فهل تقبل توبته أم لا؟ قال أصبغ فى العتبية: عسى أن تقبل توبته. وحكى القاضى أبو الحسن ذلك.

مسألة: ومن تنزندق من أهل الذمة، ففى كتاب ابن حبيب عن مالك ومطرف وابن عبدالحكم وأصبغ: لا يقتل؛ لأنه خرج من كفر إلى كفر. وقال ابن الماجشون: يتقل؛ لأنه دين لا يقر عليه أحد، ولا يؤخذ عليه جزية.

قال ابن حبيب: لا أعلم من قاله غيره، ويحتمل أن يريد بالزندقة هاهنا الخروج إلى غير شريعة مثل التعطيل، ومذاهب الدهرية، ويحتمل أن يريد الاستسرار بما خرج إليه، والإظهار لما خرج عنه، والأول أظهر.

فرع: وإذا أسلم اليهودى الذى تزندق، فقد روى أبو زيد الأندلسى عن ابن الماجشون: أنه يقتل كالمسلم يتزندق، ثم يتوب.

فصل: وقول مالك: **«وأما من خرج من الإسلام إلى غيره، فأظهر غير ذلك، فإنه يستتاب، فإن تاب وإلا قتل»** وبه قال عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وعثمان بن عفان، وسيأتى ذكره بعد هذا، إن شاء الله تعالى. وروى سحنون عن عبد العزيز بن أبى سلمة أنه قال: لابد أن يقتل، وإن تاب.

والدليل على ما نقوله قول الله تعالى: ﴿**فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم**

(*) أخرجه الترمذى برقم ١٤٥٨، عن عكرمة. النسائى ١٠٤/٧، عن عكرمة كتاب تحريم الدم باب حكم المرتد. أحمد ٢١٧/١، عن عكرمة. البيهقى ١٩٥/٨، عن عكرمة. الحاكم ٥٣٨/٣، عن عكرمة. البغوى بشرح السنة، عن عكرمة ٢٣٨/١٠.

وخذوهم واحصروهم واقعدوا لهم كل مرصد فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم إن الله غفور رحيم﴾ [التوبة: ٥]، وقوله تعالى: **﴿وهو الذى يقبل التوبة عن عباده ويعفو عن السيئات ويعلم ما يفعلون﴾** [الشورى: ٢٥].

ومن جهة المعنى أنها معصية لم يتعلق بها حد، ولا حق لمخلوق كسائر المعاصى.

مسألة: ولا عقوبة على المرتد إذا تاب، رواه فى لعتبية، وفى الموازية أشهب عن مالك. والدليل على ذلك قوله تعالى: **﴿قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف﴾** [الأنفال: ٣٨].

ومن جهة المعنى أن هذا منتقل من كفر إلى إيمان، فلم يجب عليه عقوبة بما تقدم من الكفر كالنصرانى يسلم.

مسألة: ويستتاب ثلاثة أيام، فإن تاب فيها، وإلا قتل، وهو أحد قولى الشافعى، وله قول ثان: يستتاب فى الحال، فإن تاب وإلا قتل. وقد رواه القاضى أبو الحسن عن مالك وروى عن أبى حنيفة: يستتاب ثلاث مرات فى ثلاثة أيام، أو ثلاث جمع.

ودليلنا من جهة المعنى أن كل من قبلت توبته عرضت عليه كسائر الكفار.

مسألة: وليس فى استتابة المرتد تخويف، ولا تعطيش فى قول مالك. وقال أصبغ: يخوف فى الثلاث الأيام بالقتل، ويذكر الإسلام، ويعرض عليه.

ووجه قول مالك أن هذا إكراه بنوع من العذاب، فلم يؤخذ به فى مدة الاستتابة كالضرب وقطع الأعضاء.

مسألة: والعبد فى ذلك بمنزلة الحر، والمرأة كالرجل، قاله مالك والشافعى. وقال أبو حنيفة: لا تقتل المرتدة. والدليل على ما نقوله ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «من بدل دينه فاقتلوه» وهذا عام.

ومن جهة القياس أنه سبب يقتل به الرجل، فجاز أن تقتل به المرأة كالقتل.

مسألة: وسواء كان المرتد ممن ولد على الإسلام أو لم يولد عليه، قال مالك: هم سواء يستتابون كلهم، فإن تابوا وإلا قتلوا، رواه ابن القاسم عنه فى الموازية وغيرها.

وجه ذلك أنه خارج عن دين الإسلام إلى غيره، فكان حكمه ما تقدم كالذى بدله، وهو على الإسلام.

مسألة: ومن كان إسلامه عن ضيق، أو غرم، أو خوف، ثم ارتد، فقد قال مالك وابن القاسم: له في ذلك عذر. وقال أشهب: لا عذر له، وإن علم أن ذلك عن ضيق.

وقال أصبغ: قول مالك أحب إليّ إلا أن يقيم على الإسلام بعد ذهاب الخوف، فهذا يقبل. وأنكر ابن حبيب قول ابن القاسم، قال: وسواء كان ذلك عن ضيق أو غيره، ويقتل إن رجع، قاله مطرف وابن الماجشون عن مالك.

وجه الرواية الأولى أن فعل المكره لا حكم له، وهذا لما دخل في الإسلام كرهًا، لم يثبت له حكمه.

ووجه الرواية الثانية قول الرب تعالى: ﴿**فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم**﴾ [التوبة: ٥]، فأمر بقتلهم وإن دخلوا الإسلام على ذلك، ثبت لهم حكمه.

مسألة: فإذا قلنا لا يقتل على الردة من أسلم عن ضيق خراج أو جزية أو مخافة، فقد قال أصبغ: يؤمر بالرجوع إلى الإسلام، ويحبس ويضرب، فإن رجع وإلا ترك.

وجه ذلك أنا لا نعلم قطعًا أنه لم يرد الإسلام، فلذلك ندعوه إليه، ونشدد عليه في مراجعته، ولا يبلغ القتل لما ثبت من ظاهر أمره، والله أعلم وأحكم.

١٣٩٧ - مَالِك عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدٍ الْقَارِيِّ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: قَدِمَ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَجُلٌ مِنْ قِبَلِ أَبِي مُوسَى الأَشْعَرِيِّ، فَسَأَلَهُ عَنِ النَّاسِ، فَأَخْبَرَهُ، ثُمَّ قَالَ لَهُ عُمَرُ: هَلْ كَانَ فِيكُمْ مِنْ مُغَرِّبَةِ خَبَرٍ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، رَجُلٌ كَفَرَ بَعْدَ إِسْلامِهِ، قَالَ: فَمَا فَعَلْتُمْ بِهِ؟ قَالَ: قَرَّبْنَاهُ، فَضَرَبْنَا عُنُقَهُ، فَقَالَ عُمَرُ: أَفَلا حَبَسْتُمُوهُ ثَلاثًا، وَأَطْعَمْتُمُوهُ كُلَّ يَوْمٍ رَغِيفًا، وَاسْتَتَبْتُمُوهُ لَعَلَّهُ يَتُوبُ وَيُرَاجِعُ أَمْرَ اللَّهِ، ثُمَّ قَالَ عُمَرُ: اللَّهُمَّ إِنِّي لَمْ أَحْضُرْ، وَلَمْ آمُرْ، وَلَمْ أَرْضَ إِذْ بَلَغَنِي.

الشرح: قوله: «**أن رجلاً قدم على عمر من قبل أبي موسى، فسأله عن الناس، فأخبره**» على حسب ما يلزم الإمام من السؤال عمن غاب عنه من رعيته؛ ليعرف أحوالهم، ويسأل عن ذلك الوارد والصادر حتى لا يخفى عليه شيء من الأحوال الناس؛ لأنه إذا خفيت عليه أحوالهم، لم يمكنه تلافي ما ضاع منها.

١٣٩٧ - أخرجه عبدالرزاق في المصنف ١٦٥/١٠ برقم ١٨٦٩٥، عن عبد القاري. البيهقي في السنن الكبرى ٢٠٧/٨. أبي يوسف في الخراج ٢١٤. ابن قدامة في المغني ١٢٥/٨. ابن حزم في المحلى ١٩١/١١.

فصل: وقوله: «**ثم قال له: هل فيكم من مغربة خبر**» سأله أولاً عن المعهود من أحوال الناس، وما يعمهم، ثم سأله عما عسى أن يطرأ من الأمور التى تستغرب، وليست بمعتادة، فأخبره أن رجلاً كفر بعد إسلامه، وهذا يقتضى أنه كان نادرًا عندهم مما يستغرب، ولا يكاد يسمع به، ولذلك حكم فيه أبو موسى بحكم مخالف لما يراه عمر ابن الخطاب، ولو كان أمرًا يكثر، ويتكرر لكان عند أبى موسى وغيره من الأمراء ما يعتقده فى ذلك عمر؛ لأنه يظهر موافقة أصحابه، فيشيع ذلك أو يظهر مخالفة من أخطأ، فيشيع ذلك.

فصل: وقوله: «**فما فعلتم به**» بحث عن حكمهم فيه، وتعرف له ليأمر باستدامة الصواب والإقلاع عن الخطأ، فقال: «**قدمناه فضربنا عنقه**» ولم يذكر استتابة ولا غيرها، وقد كان يحتمل أن يقتل بعد الاستتابة وإبايته من المراجعة، لكن عمر رضى الله عنه فهم منه ترك الاستتابة، والمسارعة إلى قتله بنفس كفره. وقد احتج أصحابنا على وجوب استتابته بقول عمر هذا، وأن لا مخالف له.

وهذا لا يصح إلا بأحد وجهين، إما أن يحمل فعل أبى موسى على أنه قتل بعد الاستتابة، ولعل الناقل لم يعلم بها، وإن ثبت بعد ذلك رجوع أبى موسى وغيره ممن وافقه على خلاف قول عمر رضى الله عنه، وإلا فأبو موسى ومن وافقه على ذلك يمنع انعقاد الإجماع على قول عمر.

فصل: وقوله: «**أفلا حبستموه ثلاثًا، وأطعمتموه كل يوم رغيفًا**» يحتمل أن يأخذ الثلاث من قول الله تعالى: ﴿**تمتعوا فى داركم ثلاثة أيام ذلك وعد غير مكذوب**﴾ [هود: ٦٥]، ولأن الثلاث قد جعلت أصلاً فى الشرع فى اعتبار معان، واختيارها فى المصراة، وفى استظهار المستحاضة، وعهدة الرقيق، وغير ذلك من المعانى وإطعامه الرغيف كل يوم، معناه أن لا يوسع عليه من الإنفاق توسعة يكون فيها إحسان إليه، وإنما يعطى ما يبقى به رمقه على وجه لا يستضر به، ولا يكون منه تعذيب له.

وقد روى فى المدنية عن ابن القاسم أنه قال: ليس العمل على قول عمر فى أن يطعم المرتد كل يوم رغيفًا، ولكن يطعم ما يكفيه ويقوته ولا يجوع، وإنما يطعم من ماله. قال ابن مزين: يعنى فى غير توسع ولا تفكه. قال مالك فى الموازية: يقوت من الطعام بما لا يضره، والله أعلم.

وإنما أراد ابن القاسم بقوله: ليس العمل على قول عمر: يطعم كل يوم رغيفًا، بمعنى

أن لا يجعل ذلك حدًا، ولم يرد عمر أن يجعله حدًا، وإنما أشار إلى قلة مؤنته ويسارة وراثته فى ماله، إن كان له مال أو بيت مال المسلمين، إن لم يكن له مال.

فصل: وقوله: «**واستتبتموه لعله يتوب، ويراجع أمر الله تعالى**» يريد به الرجوع إلى الإسلام،؛ لأنه الذى أمر الله به، وهذا يدل على أنه من خرج من كفر إلى كفر، لا يستتاب، ولا يعرض له. وقد قال مالك: إن معنى قوله ﷺ: «من غير دينه فاقتلوه» يريد الدين الذى رضيه الله، ودعا إليه، وأما من خرج من ملة الكفر إلى غيره، فلم يغير بذلك دينه الذى شرع له. قال مالك: سواء خرج إلى دين مجوس أو كتاب.

فصل: وقوله: «**اللهم إنى لم أحضر، ولم آمر، ولم أرض إذ بلغنى**» تبرؤ من الأمر، وتصريح بخطأ فاعله، ولا يكون ذلك إلا بنص من النبى ﷺ أو إجماع بعده. وقد قال سحنون: إن أبا بكر استتاب أهل الردّة.

وقد روى عن ابن القاسم أن الصديق استتاب أم قرفة إذ ارتدت، فقتلها، فلعله قد علم بانعقاد الإجماع على ذلك فى زمن أبى بكر، وفعل أبو موسى غير ذلك، فأنكر عليه عمر، وإلا فإذا كان أبو موسى من أهل الاجتهاد وحكم باجتهاده فيما لا نص فيه ولا إجماع لغير ما يراه عمر، لم يبلغ عمر من الإنكار عليه هذا الحد، ولو لم يجز لأبى موسى ذلك؛ لما جاز أن يوليه الحكم حتى يطالعه على قضيته وفى هذا من فساد أحوال الناس، وتوقف الأحكام ما لا خفاء فيه، والله أعلم وأحكم.

* * *

القضاء فيمن وجد مع امرأته رجلاً

١٣٩٨ – مَالِك، عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِى صَالِحٍ السَّمَّانِ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِى هُرَيْرَةَ أَنَّ سَعْدَ بْنَ عُبَادَةَ قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ: أَرَأَيْتَ إِنْ وَجَدْتُ مَعَ امْرَأَتِى رَجُلا أُمْهِلُهُ حَتَّى آتِيَ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «نَعَمْ»[1].

١٣٩٨ – أخرجه مسلم فى اللعان ١٤٩٨. أبو داود فى الديات ٤٥٣٣. ابن ماجه فى الحدود ٢٦٠٥. أحمد فى باقى مسند المكثرين ٢٧٢٥١.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٨/٢٩٤: زعم أبو بكر البزار أن مالكا انفرد بحديثه عن سهيل فى هذا الباب، وأنه لم يروه غيره، ولا تابعه أحد عليه؛ وأظنه لما رأى حماد بن سلمة قد أرسله وأسنده مالك، ظن أنه انفرد به وليس كما ظن البزار.

وقد رواه سليمان بن بلال، عن سهيل – مسندا – عن أبيه، عن أبى هريرة – كما رواه مالك.=

الشرح: قوله: «**أرأيت إن وجدت امرأتي رجلاً، أأمهله حتى آتي بأربعة شهداء**» على سبيل الاستعلام من قبله؛ لأن ابن عبادة كان يقول: إن وجده، لم يقدر على الصبر على ذلك ويضربه بسيف غير مصفح، فأتى هذا القول على سبيل الحجة، ليخبر به عن نفسه من شدة غيرته والإظهار لعذره.

فصل: وقول النبي ﷺ: «**نعم**» على معنى المنع له من قتله، وأنه لا يقتل في قوله: أنه وجده مع امرأته، وإلا فله أن يدفعه، ويصرفه عن منزله، ولا يجب عليه تخليته معها، وإنما ذلك على وجه المنع له من قتله بما يدعيه من فعله.

= ورواه الدراوردي أيضا، عن سهيل بإسناده - نحو رواية سليمان بن بلال:

حدثنا سعيد بن نصر، حدثنا قاسم بن أصبغ، حدثنا ابن وضاح، حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، حدثنا خالد بن مخلد، قال: حدثنا سليمان بن بلال، قال: حدثني سهيل بن أبي صالح، عن أبيه، عن أبي هريرة، قال: قال سعد بن عبادة لرسول الله ﷺ: «لو وجدت رجلا مع أهلي لم أقتله حتى آتي بأربعة شهداء؟ قال رسول الله ﷺ: نعم. قال: لا والذي بعثك بالحق إن كنت لأعاجله بالسيف قبل ذلك! قال رسول الله ﷺ: اسمعوا إلى ما يقول سيدكم، إنه لغيور ولأنا أغير منه، والله أغير مني».

قال أبو عمر: فهذا سليمان بن بلال قد رواه مسندا - كما رواه مالك؛ ولو لم يروه أحد غير مالك - كما زعم البزار، ما كان في ذلك شيء؛ لكن أكثر السنن والأحاديث قد انفرد بها الثقات، وليس ذلك بضائر لها ولا شيء منها؛ والمعنى الموجود في هذا الحديث مجتمع عليه قد نطق به الكتاب المحكم، وقد وردت السنة الثابتة، واجتمعت عليه الأمة؛ فأي انفراد في هذا؟ وليت كل من انفرد به المحدثون كان مثل هذا.

وذكر مسلم بن الحجاج، قال: حدثنا بن قتيبة سعيد، قال: حدثنا عبدالعزيز - يعني الدراوردي، عن سهيل، عن أبيه، عن أبي هريرة - أن سعد بن عبادة الأنصاري، قال: يا رسول الله، أرأيت الرجل يجد مع امرأته رجلا أيقتله؟ قال رسول الله ﷺ: «لا» قال سعد: بلى والذي أكرمك بالحق. فقال رسول الله ﷺ: «اسمعوا إلى ما يقول سيدكم».

وذكر مسلم أيضا حديث مالك، وحديث سليمان بن بلال، عن سهيل على حسبما ذكرناهما هاهنا.

وأما حديث حماد بن سلمة، فأخبرناه خلف بن أحمد، قال: حدثنا أحمد بن مطرف، قال: حدثنا سعيد بن عثمان، قال: حدثنا الحسن بن عبدالله البالسي، قال: حدثنا الهيثم ابن جميل، قال: حدثنا حماد بن سلمة، عن سهيل بن أبي صالح، عن أبيه، عن سعد بن عبادة - أنه قال: يا رسول الله، أرأيت لو رأيت رجلا مع امرأتي لأتركه حتى أدعو أربعة من الشهداء؟ فقال رسول الله ﷺ: نعم، فقال: والذي أنزل عليك الكتاب إذا لأعجلته بالسيف! فقال رسول الله ﷺ: «إن سعدا لغيور، وإني لأغير منه، وإن الله لأغير منا».

١٣٩٩ - مَالِك عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ رَجُلا مِنْ أَهْلِ الشَّامِ يُقَالُ لَهُ ابْنُ خَيْبَرِيٍّ، وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلا، فَقَتَلَهُ أَوْ قَتَلَهُمَا مَعًا، فَأَشْكَلَ عَلَى مُعَاوِيَةَ بْنِ أَبِي سُفْيَانَ الْقَضَاءُ فِيهِ، فَكَتَبَ إِلَى أَبِي مُوسَى الأَشْعَرِيِّ يَسْأَلُ لَهُ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ عَنْ ذَلِكَ، فَسَأَلَ أَبُو مُوسَى عَنْ ذَلِكَ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ، فَقَالَ لَهُ عَلِيٌّ: إِنَّ هَذَا الشَّيْءَ مَا هُوَ بِأَرْضِي، عَزَمْتُ عَلَيْكَ لَتُخْبِرَنِّي، فَقَالَ لَهُ أَبُو مُوسَى: كَتَبَ إِلَيَّ مُعَاوِيَةُ بْنُ أَبِي سُفْيَانَ أَنْ أَسْأَلَكَ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ عَلِيٌّ: أَنَا أَبُو حَسَنٍ إِنْ لَمْ يَأْتِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ، فَلْيُعْطَ بِرُمَّتِهِ.

الشرح: قوله: **«إن رجلاً من أهل الشام وجد مع امرأته رجلاً، فقتله أو قتلهما، ثم قامت عليه بينة بذلك أو اعترف به، فأشكل على معاوية القضاء في ذلك، وكتب إلى أبي موسى الأشعري ليسأل عن ذلك على بن أبي طالب»**.

وهذا يدل على فضله وتوقفه فيما لا يعلمه وسؤاله عن ذلك من يثق بعلمه ويتسبب إليه بكل ما يمكنه وإن كان المسئول منابذا له.

فصل: وقول على رضى الله عنه: **«إن هذا الشيء ما هو بأرضى»** يريد أنه لو كان لبلغه خبره، وتقدم الاستعداء على ذلك على من فعله لاسيما وهو لم يتقدم فيه حكم شهير، فيتعلق به من أراد الحكم فيه، ثم قال لأبيموسى: **«عزمت عليك لتخبرنى»** على معنى تبيين القصة والبحث عنها بأكثر مما يمكن، وربما احتاج إن كان من أهل عمله إلى أن يشخص الخصوم فى ذلك ليبالغ فى تتميم القضية.

فصل: وقوله: **«أنا أبو حسن»** مما تستعمله العرب عند إصابة ظنه كما أصاب ظنه بأن ذلك لم يكن بأرضه، وروى ذلك ابن مزين عن عيسى، ثم قال: **«إن لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته»** يريد والله أعلم، إن لم يأت بأربعة شهداء يشهدون على الزنى بين المقتولين أعطى برمته، يريد سلم إلى أولياء المقتولين يقتصون منه إن شاءوا.

مسألة: ولو قطع رجله أو جرحه، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون: إن قاتله، فكسر رجله أو جرحه، أن ذلك جبار، وإن قتله، فإنه يقتل به، إلا أن يأتى بأربعة شهداء، يشهدون على الزنى بينهما.

وجه ذلك أن وجوده فى داره أوجب أن يسلط عليه بالضرب والأذى، والإبعاد،

١٣٩٩ - أخرجه الشافعى فى الأم ١٣٧/٦. البيهقى فى السنن الكبرى ٢٣١/٨. ومعرفة السنن والآثار ٣٠٩/١٢، برقم ١٦٨٠٨.

فإن قاتله ومنعه من خروجه كان له مدافعته عن ذلك بما يؤدى إلى الجراح وما أشبهها، وأما القتل، فلا يستباح إلا ببينة لما ورد الشرع به من حقن الدماء.

مسألة: وفى العتبية والموازية عن ابن القاسم: قول على عندى ذلك فى الثيب والبكر؛ لأنه إذا جاء بأربعة شهداء أنه وطئها، لم يقتص منه لواحد منهما، قال: وهو عندى معنى قول على أنه لا يقتل بقتل الثيب، ولا البكر، إذا قامت بينة لما زعم، وذلك أن من حل به مثل هذا يخرج عن عقله، ولا يكاد يملك نفسه والجانى أحق من حمل عليه.

فرع: فإذا قلنا إنه لا يقتل بها، وإن كانا بكرين، فقد قال ابن القاسم فى المدنية: عليه الدية فى البكر، وقاله ابن كنانة. وقال ابن عبدالحكم: لا شىء عليه، وإن كان بكرًا إذا كان قد كثر التشكى منه، قاله ابن مزين.

وقال غير ابن القاسم: دمه هدر فى البكر والثيب، وقد أهدر عمر بن الخطاب غير دم فى شبه هذا من التعدى. وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون: يؤدب من قتل من وجب عليه القتل دون الإمام، وهذا فى الثيب ويقتل فى البكر.

وجه قول ابن القاسم أن من قتل من لا يجب عليه القتل، فإذا لم يجب القصاص للشبهة، لزمت الدية.

وجه قول من أهدر دمه أنه عمد لا يجب به القصاص، فلم تجب به الدية. وأصل ذلك من قتله قصاصًا.

ووجه قول ابن الماجشون أن الثيب قد وجب عليها القتل بالزنى والإحصان، فليس على قاتله قتل، وإنما على قاتله فى ذلك العقوبة، لافتياته فى ذلك دون الإمام. وأما البكر، فليس عليه القتل بالزنى، فمن قتله، قتل به.

فرع: فإذا قلنا تجب عليه الدية، فقد قال ابن القاسم والمغيرة وابن كنانة: دية الخطأ.

ووجه ذلك أن القاتل لما فجأه من الغضب الذى سببه من الزانى، يصير فى حكم المغلوب إلى ذلك لا عقل له، فكانت جنايته خطأ. وحكى ابن مزين عن أصبغ أن الدية فى مال القاتل.

ووجه ذلك أنه خطأ، غير ميتقن ليست شبهته بالقوية، فأشبه إقرار القاتل بالخطأ أنه فى ماله، والله أعلم وأحكم. وهو حسبنا ونعم الوكيل ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم.

* * *

القضاء فى المنبوذ

١٤٠٠ – قَالَ مَالِكٌ: عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سُنَيْنٍ أَبِي جَمِيلَةَ، رَجُلٌ مِنْ بَنِي سُلَيْمٍ، أَنَّهُ وَجَدَ مَنْبُوذًا فِي زَمَانِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، قَالَ: فَجِئْتُ بِهِ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَقَالَ: مَا حَمَلَكَ عَلَى أَخْذِ هَذِهِ النَّسَمَةِ؟ فَقَالَ: وَجَدْتُهَا ضَائِعَةً فَأَخَذْتُهَا، فَقَالَ لَهُ عَرِيفُهُ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: أَكَذَلِكَ؟ قَالَ: نَعَمْ، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: اذْهَبْ، فَهُوَ حُرٌّ، وَلَكَ وَلاؤُهُ، وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ.

الشرح: قوله: «**منبوذًا فجئت به عمر**» المنبوذ هو المطروح، ويحتمل أن يجيء به إلى عمر ليعلمه حاله، وينفق عليه من بيت مال المسلمين، ويحتمل أن يجيء به ليستفتيه في أمره وليسأله الحكم له بولائه أو غير ذلك.

فصل: وقول عمر رضى الله عنه: «**ما حملك على أخذ هذه النسمة؟**» روى أشهب عن مالك أنه قال: اتهمه أن يكون ولده أتى به لكى يفرض له من بيت المال.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ويحتمل عندى أن يكون سأله عن سبب أخذه له، وخاف عليه أن يكون حمله على ذلك الحرص على أن يفرض له من بيت المال ويلى هو أمره، ويحتمل أن يخاف التسرع إلى أخذ الأطفال من غير أن ينبذوا حرصًا على أخذ النفقة لهم، ورغبة فى موالاتهم، ويحتمل أن يكون سأله لئلا يلتقطه من عياله.

وقد روى ابن القاسم عن مالك: إذا ادعى اللقيط ملتقطه، فلا قول له إلا ببينة. وقال أشهب: يقبل قول من ادعاه ملتقطه أو غيره إلا أن يتبين كذبه.

وجه رواية ابن القاسم أنه ليست هناك شبهة تصدق دعواه، وليس له أن يعلق به نسب لا شبهة له فيه. ووجه قول أشهب أن له فيه شبهة الالتقاط وليس له نسب ثابت بغيره كما لو ملك أمه.

فصل: وقول سنين: «**وجدتها ضائعة فأخذتها**» يريد أنه أخذه لهذه الوجه لا لغيره من الوجوه التى يحتمل أخذه له، وإن كان بعضها مكروها وبعضها مباحًا، وأنه إنما أخذه لأنه وجده فى موضع يضيع فيه إن ترك فأخذه لذلك، ومن وجد بهذه الصفة، لزمه أخذه؛ لأنه لا يحل تركه للهلاك، وأخذه على وجهين، أحدهما أن يأخذه ملتقطًا

١٤٠٠ – أخرجه الشافعى فى «الأم» ٧: ٢٣٢، والبيهقى فى الكبرى ٦/ ٢٠١ – ٢٠٢، ومعرفة السنن ١٢٤٦٢، ٩/٩٠، أخرجه ابن أبى شيبة فى المصنف ١١/٤٠٦.

ليربيه، فقد قال أشهب: ليس له رده. وأما إن أخذه ليرفعه إلى السلطان، فلم يقبله منه السلطان، فلا ضيق عليه في رده إلى موضع أخذه، ومعنى ذلك عندي أن يكون موضعًا لا يخاف عليه فيه الهلاك لكثرة الناس فيه، ويوقن أنه سيسارع الناس إلى أخذه.

فصل: وقوله: «**عريفه**» العرفاء رؤساء الأجناد وقوادهم، ولعلهم سموا بذلك لأنهم بهم يتعرف أحوال الجيش، وقد قال النبي ﷺ يوم حنين، لما رأى أن يرد السبي إلى هوازن، فأذن له في ذلك الناس، فقال: «إنا لا ندري من أذن في ذلك منكم ممن لم يأذن، فارجعوا حتى يرفع إلينا عرفاؤكم»(*).

وقال علي: إن عمر دوَّن الدواوين، وجعل فيها أرباعًا، وجعل عليهم عرفاء. وقال يحيى بن مزين: الأرباع في جند الشام، والأسباع في جند الكوفة، والأخماس في جند البصرة.

قال عيسى: فكان الذي وجد المنبوذ من عرافة هذا الرجل الجالس عند عمر، فقال لعمر: «**إنه رجل صالح**» على معنى أن يصدقه عمر في قوله ولا يرتاب به أو على معنى التبرئة له مما عسى أن يتوقع عمر من جهته أن يظن الأمر على غير ما يرضيه من أن يأخذه للوجوه التي ظنها أن يكون إنما التقطه ليفرض له نفقته في بيت المال ويبقى عنده، فيراه عريفه من ذلك بما أخبر به عنه مما علمه منه من الصلاح والدين.

وليس هذا من باب التزكية التي يثبت بها قبول الشهادة، وليس كل رجل صالح تقبل شهادته، وتثبت عدالته، وإنما ينتفي بهذا عنه ما ينافي الصلاح مما خاف عمر أن يكون التقط المنبوذ له، والله أعلم.

فصل: وقول عمر: «**كذلك**» على وجه التحقيق والاستثبات. وقوله: «**هو حر**» على وجه الإخبار له بحكمه وأن اللقيط حر. وفي كتاب ابن المواز: أن اللقيط حر، وإن التقطه عبد أو نصراني.

ووجه ذلك أنه لا يتيقن فيه سبب من أسباب الاسترقاق.

مسألة: واللقيط على الإسلام، وذلك أنه لا يخلو أن يلتقط في بلاد الإسلام أو في بلاد الشرك أو في بلاد فيها الصنفان، فإن التقط في بلاد الإسلام، فهو مسلم، وإن التقطه نصراني لأن الظاهر أنه من المسلمين بحكم الدار.

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ٢٣٠٨، ٢٥٤٠، ٢٦٠٨، ٣١٣٢، ٤٣١٩. أبو داود حديث رقم ٢٦٩٣. أحمد في المسند حديث رقم ١٨٤٣٥.

وإن كان ببلد الشرك، فقد قال ابن القاسم: هو مشرك. وقال أشهب: هو مسلم، إن التقطه مسلم.

ووجه قول ابن القاسم أن الظاهر أن حكمه حكم الدار، والدار للشرك، فكان الظاهر أن من كان فيها حكمه حكمهم فى الدين كما أن الظاهر حكمه حكمهم فى النسب والحرب.

ووجه قول أشهب أن للدار تأثيرًا وللملتقط فى ذلك تأثير، فوجب أن يغلب حكم الإسلام، وكذلك لو التقطه فى كنيسة لحكم لـه بحكم الإسلام كما يحكم لـه بحكم الحرية.

مسألة: فإن التقط بقرية من قرى الذمة ليس فيها مسلم إلا اثنان أو ثلاثة، فقد قال ابن القاسم: إن التقطه مسلم، فهو مسلم، وإن التقطه نصرانى، فهو نصرانى. وقال أشهب: هو مسلم على كل حال.

وجه قول ابن القاسم أن حكم الكفر والإسلام قد استوى فى ذلك لأن أصل الدار للإسلام وغالب من فيها الكفر، فغلب حكم الملتقط.

ووجه قول أشهب أن الدار دار الإسلام، ولذلك لا يسترق، وإنما يسكنها أهل الذمة بالجزية.

فصل: وقوله: «**ولك ولاؤه**» يريد تخصيصه بذلك، وذلك يقتضى كونه على دينه. قال ابن المواز: قال مالك: ولو أعلم أن عمر قال فى المنبوذ ما ذكر ما خولف، يريد والله أعلم أن يجعل الولاء لملتقطه، والحديث صحيح لا شك فيه لأنه يرويه عن ابن شهاب عن سنين أبى جميلة، وهو من الصحابة، ولكنه لفظ يحتمل التأويل، فيكون معنى قول مالك ذلك أن لو علم أن عمر أراد ما يتأولونه عليه لم أخالفه لتقارب الأدلة فى ذلك وترجحها، ولو أن مالكًا قد تول قول عمر: «لك ولاؤه» أى قد جعلت لك أن تتولى تربيته، والقيام بأمره، وأنت أحق به من غيرك.

وذلك أن من التقط لقيطًا، فهو أحق به من غيره، فإن نزعه منه غيره، فقد قال ابن القاسم: إن كان ملتقطه قويًا على مؤنته وإمساكه، رد إليه. قال أشهب: إن كانا سواء أو متقاربين، فالأول أولى، فإن خيف أن يضيع عند الأول فالثانى أولى به إلا أن يطول مكثه عند الأول، وليس اللقيط فى ضرر، فالأول أحق به، وهذا إن كانا مسلمين.

فإن كان ملتقطه نصرانيا، فقد قال أصبغ: ينزع منه لئلا ينصره أو يدرس أمره، فيسترقه، وهذه ولاية الإسلام، لا ولاية العتق؛ لأن اللقيط مجهول النسب، فولاؤه لجماعة المسلمين، وإلى هذا ذهب مالك وأكثر أهل الحجاز، وبه قال الشافعى.

وروى عن على بن طالب أنه قال: اللقيط حر، وله أن يوالى من أحب، الذى التقطه أو غيره. وبه قال ابن شهاب وعطاء وجماعة من أهل المدينة. وقال النخعى: ميراث اللقيط بمنزلة اللقطة، وبه قال أكثر الكوفيين. وقال أبو حنيفة: ميراثه لمن التقطه، إلا أن له أن ينتقل عنه حيث شاء ما لم يعقل عنه من والاه، فإن عقل عنه، لم يكن له أن ينتقل عنه بولائه.

فصل: وقوله: «**وعلينا نفقته**» يريد مؤنته فى بيت المسلمين إن أمكن ذلك؛ لأنه من فقرائهم مع عجزه عن التكسب، وخوف الضياع عليه، وإن تعذر الإنفاق عليه من بيت مال المسلمين، فقد قال مالك فى الموازية: من التقط لقيطًا، فعليه نفقته حتى يبلغ، ويستغنى وليس له أن يطرده.

ووجه ذلك أنه إذا أخذه ملتقطًا له، فقد لزمه أمره وحفظه.

مسألة: ولا رجوع له عليه بما أنفق عليه، وإن استأذن فى ذلك الإمام، قاله القاضى أبو محمد، قال: وكذلك لو كان له مال لا يعلم به.

ووجه ذلك أنه من فقراء المسلمين، فليس له أن يشغل بدين الإنفاق عليه كسائر الفقراء.

فرع: فإن استلحقه أحد، فقال ابن القاسم: إن استلحقه ببينة أو غيرها، رجع عليه بما أنفق إن كان تعمد طرحه، وهو ملىء، وإن لم يطرحه، فلا شىء على الأب. وقال أشهب: لا شىء على الأب بكل حال؛ لأن هذا أنفق على وجه التطوع.

قال يحيى: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: الأَمْرُ عِنْدَنَا فِى الْمَنْبُوذِ أَنَّهُ حُرٌّ، وَأَنَّ وَلاءَهُ لِلْمُسْلِمِينَ، هُمْ يَرِثُونَهُ وَيَعْقِلُونَ عَنْهُ[1].

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن المنبوذ، وهو المطروح من قولهم: نبذت الشىء، إذا طرحته، قال الله تعالى: ﴿**فنبذناه بالعراء وهو سقيم**﴾ إلا أنه فى عرف اللغة مستعمل فيمن طرح من الأطفال على وجه الاستسرار به، فيلتقطه من يخاف عليه الضيعة، فقال مالك: إنه حر.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٢/١٥٥.

ووجه ذلك أنه عرا من أسباب الاسترقاق، فهو لاحق بالأحرار، وكذلك كل من وجدناه من الكبار الذين لا يعقلون إنما نحملهم على الحرية لعدم معانى الاسترقاق.

فصل: وقوله: «**ولاءه للمسلمين**» يريد أن ولاءه لجماعة المسلمين كسائر من لا يعرف نسبه من المسلمين، وقد تقدم القول فى ذلك بما يغنى عن إعادته.

وقوله: «**وهم يرثونه ويعقلون عنه**» على معنى تفسير المولى الذى أثبته فى حكم المنبوذ، والله أعلم.

* * *

القضاء بإلحاق الولد بأبيه

١٤٠١ – مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِىِّ ﷺ أَنَّهَا قَالَتْ: كَانَ عُتْبَةُ بْنُ أَبِى وَقَّاصٍ عَهِدَ إِلَى أَخِيهِ سَعْدِ بْنِ أَبِى وَقَّاصٍ أَنَّ ابْنَ وَلِيدَةِ زَمْعَةَ مِنِّى، فَاقْبِضْهُ إِلَيْكَ، قَالَتْ: فَلَمَّا كَانَ عَامُ الْفَتْحِ، أَخَذَهُ سَعْدٌ، وَقَالَ: ابْنُ أَخِى، قَدْ كَانَ عَهِدَ إِلَىَّ فِيهِ، فَقَامَ إِلَيْهِ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ، فَقَالَ: أَخِى وَابْنُ وَلِيدَةِ أَبِى وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ، فَتَسَاوَقَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ سَعْدٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، ابْنُ أَخِى قَدْ كَانَ عَهِدَ إِلَىَّ فِيهِ، وَقَالَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ: أَخِى وَابْنُ وَلِيدَةِ أَبِى، وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنَ زَمْعَةَ» ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ ثُمَّ قَالَ لِسَوْدَةَ بِنْتِ زَمْعَةَ: احْتَجِبِى مِنْهُ» لِمَا رَأَى مِنْ شَبَهِهِ بِعُتْبَةَ بْنِ أَبِى وَقَّاصٍ. قَالَتْ: فَمَا رَآهَا حَتَّى لَقِىَ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ[(١)].

١٤٠١ – أخرجه البخارى فى البيوع ٢٠٥٣. والنسائى فى الطلاق ٣٤٨٢، ٣٤٨٥. وأبو داود فى الطلاق ٢٢٧٣. وابن ماجه فى النكاح ٢٠٠٤. وأحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٣٥٦٦، ٢٤٤٠٤، ٢٥٣٦٦، ٢٥٤٧٠. والدارمى فى النكاح ٢٢٣٧.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٩٨/٨: هكذا روى مالك هذا الحديث، لا خلاف علمته عنه فى إسناده ولا فى لفظه، إلا أن ابن وهب، وأبا جعفر النفيلى، والقعنبى، فى غير الموطأ رووه مختصرا عن مالك، عن الزهرى، عن عروة، عن عائشة، أن رسول الله ﷺ قال: «الولد للفراش، وللعاهر الحجر» لم يذكروا قصة عبد بن زمعة وعتبة، رواه هكذا عن ابن وهب ابن أخيه، ومحمد بن عبدالحكم، وبحر بن نصر، ويقال: إنه ليس عند يونس، عن ابن وهب، وعند ابن وهب، والقعنبى أيضا فى الموطأ الحديث بتمامه، وهو أصل هذا الحديث عن مالك، وقد خالفه ابن=

الشرح: قولها: «**أن عتبة بن أبى وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبى وقاص، أن ابن وليدة زمعة منى، فاقبضه إليك**» على حسب ما كان يفعله أهل الجاهلية، فقد روى أن النكاح كان عندهم على أربعة أضرب، أحدها الاستبضاع، وهو أن يكون الرجل يعجبه نجابة الرجل ونبله وتقدمه، فيأمر من تكون له من حرة أو أمة أن تبيح نفسها له، فإذا حملت منه رجع هو إلى وطئها حرصًا على نجابة الوليد.

والثانى: أن تكون المرأة لا زوج لها، يغشاها الجماعة من الرجال، منفردين أو مجتمعين، فإذا استمر بها حمل دعتهم، وقالت لأحدهم: هذا منك، فيلزمه ذلك، ويلحق به، ولا يمكنه الامتناع منه.

والثالث: البغايا كن يجعلن الرايات على مواضعهن، فمن رأى تلك الراية علم أنه موضع بغى، فيتكرر عليها بذلك من شاء الله من الناس حتى إذا استمر بها حملها، قالت لبعضهم: هو منك فيلحق به.

والرابع: النكاح الصحيح، فأبطل الإسلام الثلاثة الأنواع المتقدمة، وأثبت النكاح، فلعل ما قال عتبة بن أبى وقاص: «ابن وليدة زمعة منى» إنما أراد استلحاقه من أحد تلك الأنواع الثلاثة التى أبطلها الإسلام.

=عيينة فى بعض لفظه، لم يقل فيه: وللعاهر الحجر، والقول قول مالك، وقد أتقنه وجوَّده.

حدثنا خلف بن قاسم، حدثنا أحمد بن سليمان الرملى، حدثنا إبراهيم بن عبدالله البصرى، حدثنا أبو عاصم الضحاك بن مخلد، حدثنا مالك، عن ابن شهاب، عن عروة، عن عائشة، أن عتبة بن أبى وقاص، عهد إلى أخيه سعد بن أبى وقاص أن ابن وليدة زمعة هو منى، فاقبضه إليك، فلما فتحوا مكة أخذه سعد، فقال عبد بن زمعة، هذا أخى، وابن وليدة أبى قال: فقضى رسول الله ﷺ به لعبد بن زمعة، قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»، وأمر سودة أن تحتجب منه، فما رآها حتى ماتت.

حدثنا سعيد بن نصر، قال: حدثنى قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا محمد بن إسماعيل، قال: حدثنا الحميدى، قال: حدثنا سفيان، وقال: حدثنا الزهرى، قال: حدثنا عروة بن الزبير، أنه سمع عائشة تقول: اختصم عند رسول الله ﷺ سعد بن أبى وقاص، وعبد بن زمعة، فى ابن أمة زمعة، فقال سعد: يا رسول الله إن أخى عتبة أوصانى فقال: إذا قدمت مكة فانظر ابن أمة زمعة، فاقبضه فإنه ابنى. وقال عبد بن زمعة: يا رسول الله! أخى، وابن أمة أبى ولد على فراش أبى، فرأى رسول الله ﷺ شبها بينا بعتبة، فقال: «هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش، واحتجبى منه يا سودة!». قيل لسفيان: فإن مالكا يقول فيه: وللعاهر الحجر، فقال سفيان: لكنا لم نحفظه من الزهرى أنه قاله فى هذا الحديث.

فلما أراد عتبة استلحاقه على هذا الوجه، ولم يقم له بينة من إقرارها لم يلحق به، وأما من استلحق ولدًا، فلا يخلو أن لا يكون عرف له ملك أمة، ولا نكاحها أو قد تقدم له ذلك فيها.

فإن لم يعرف له ملك أمة بنكاح ولا بملك يمين، فقد اختلف فيه قول ابن القاسم، فقال مره: يلحق ذلك به، ما لم يتبين كذبه، وإن لم يكن له نسب معروف، وبه قال مالك. وقال ابن القاسم أيضًا: لا يلحق به حتى يتقدم له على أمه نكاح أو ملك يجوز أن يكون منهن، ولا يمنعه من ذلك نسب معروف، وبه قال سحنون.

وجه القول الأول أن الأسباب موضوعة على الاستلحاق وأكثرها لا يثبت إلا بإقرار الأب بالوطء أو بأنه ولده، فإذا لم يكن ثم نسب مانع، لحق بمن استلحقه.

ووجه القول الثانى أن النسب إنما يؤثر فيه الاستلحاق إذا كان ثم نسب معروف من ملك يمين أو نكاح، فإذا لم يكن ثم سبب يقوى الدعوى وجب أن تبطل؛ لأنه لو ثبت بمجرد الدعاوى لكثر تعرض الدعاوى فى ذلك، وفسدت الأنساب.

مسألة: وأما إن ملك أمهم قبل ذلك، فإن ادعاهم مع بقائهم فى ملكه، فلا خلاف فى المذهب أنهم يلحقون به. وفى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم، فيمن بيده أمة لها ولد، وعليه دين محيط بماله، فاستلحق الولد لحق به، وتكون الأمة بذلك أم ولده.

ووجه ذلك أن سبب النسب موجود مع عدم مستلحقه، فيصح استلحاقه كما لو لم يكن عليه دين، ولم يمنع الدين الاستلحاق؛ لأن الاستلحاق معنى يثبت به النسب مع عدم الدين، فوجب أن يثبت به النسب مع الدين كالإقرار بالوطء قبل الولادة ثم ظهورا الحمل.

مسألة: وأما إن كان قد باعه مع أمه، ثم ادعى وهو معدم أنه ابنه منها، فقد اختلف فى ذلك قول مالك، روى عنه أشهب أنه يصدق فيه وفيها، ويرد إليه، ويتبع بالثمن دينًا، وبه قال أشهب وابن عبدالحكم.

وروى عنه أشهب أيضًا أنه يصدق فى الولد، ولا يصدق فى أمه، ويرد إليه الولد بحصته من الثمن، وبه قال ابن القاسم.

وجه القول الأول أن هذه حالة تصدق فى الوليد، فإنه يصدق فى أمه كحالة السر. ووجه القول الثانى أنه عدمه بالثمن تهمة فى إرادته استرجاع الأمة دون ثمن واستلحاقه

الولد لا يقتضى ارتجاعه الأم، ألا ترى أن ولد الملاعنة يستلحقه الملاعن، ولا يقتضى ذلك ارتجاع أمه، لأن استلحاق الولد عرا من التهمة لما جبل عليه الناس من نفى ما يشك فيه من النسب، فكيف بما يتيقن انتفاؤه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن كان مليًا، وقد باعها ثم ادعاه، فإنهما يردان إليه إلا أن يتهم فيها بصبابة إليها، فيصدق فى الولد، ولا يصدق فيها حتى يسلم من العدم والصبابة بها. قال أصبغ: لا يتهم فى غناه سواء باعها بالولد أو ولدت عند المبتاع لما يولد لمثله.

وجه قول ابن القاسم أن كلفه بها تهمة تمنعه ردها، فمنع من ذلك، وصح استلحاقه للولد؛ لأنه مقر له لحق النسب مع تعريه من التهمة.

ووجه قول أصبغ أنه إذا صح استلحاقه للولد لسبب ملك اليمين، يضمن ذلك كون الأم أم ولد له ولا تهمة مع الغنى؛ لأنه يرد عوضها، ولو قيل فى هذا يرد الأكثر من الثمن أو القيمة يوم الاستلحاق لما بعد، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وهذا ما لم يعتقهما المبتاع، فإن أعتقهما ثم استلحق الولد البائع، فقد قال ابن القاسم: لا يصدق البائع فيهما ثم رجع، فقال: يقبل قوله فى الولد وحده، ويثبت نسبه.

وجه القول الأول أن الولاء نسب ثابت، فلا يرد بالاستلحاق كما لا يرد نسب ثابت.

ووجه القول الثانى أن النسب أقوى من الولاء؛ لأن الولاء مشبه به، فالنسب يبطل الولاء، ولو كانت الأمة إنما يثبت لها الولاء فى الوجهين لم يبطل الثانى الأول، وكان الأول أولى.

مسألة: فإذا قلنا لا يقبل قوله فى الأمة، فإن عتقها يثبت للمبتاع، ويرجع باليمين على البائع.

ووجه ذلك أنه مقر لها بثمنها، فكان عليه أداؤه، ولا يقبلان على نقل الولاء؛ لأنه لا يجوز ذلك فيه، لأن النبى ﷺ نهى عن بيع الولاء وهبته(*).

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٥٣٥. مسلم حديث رقم ١٥٠٦. الترمذى حديث رقم ١٢٣٦. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٦٥٧، ٤٦٥٩. أبو داود حديث ٢٩١٩. ابن ماجه حديث رقم ٢٧٤٧، ٢٧٤٨. أحمد فى المسند حديث رقم ٤٥٤٦، ٥٤٧٢، ٥٨١٦. الدارمى حديث رقم ٢٥٧٢، ٣١٥٦.

مسألة: وهذا كله ما لم يدعه المشترى ولدًا، فإن ادعاه، فقد قال ابن القاسم: المشترى أحق به.

ووجه ذلك أن اليد له، وقد ضعفت دعوى البائع بتكذيب نفسه بيعه إياه، فإنما قوله ما لم يدعه من هو أقوى دعوى منه ممن لم يتقدم منه تكذيب دعواه.

فصل: وعتبة بن أبى وقاص إنما ادعى هذا الولد من جهة زنا فى الجاهلية، ومثل هذا كان يلحق به لو ادعاه بعد ما أسلم فى الإسلام ما لم يكن هناك سبب هو أولى من دعواه، رواه عيسى عن ابن القاسم.

وفى مسألة ولد زمعة، قد كان هناك ما هو أقوى من الزنا، وهو ادعاء الفراش له، فإن أمة زمعة ادعى ابن زمعة لها الفراش، ومعناه وطء أبيه لها؛ لأن الأمة تصير عندنا فراشًا بالوطء أو بالإقرار به.

ومعنى ذلك أن من أقر بوطء أمته، ثم ولدت ولدًا، ألحق به، وإن لم يقر به، ومات قبل وضعه، ويحتمل أن يكون ما ادعاه عتبة لم يثبت عنه، وإنما كان فى ذلك بمجرد دعوى سعد أخيه له، ولا يصح استلحاق العم ابن أخ.

فصل: وقوله: «**فتساوقا إلى رسول الله ﷺ**» يريد أن كل واحد منهما ساق صاحبه لمنازعته له فيما ادعاه إلى رسول الله ﷺ ليحكم بينهما فى دعواهما، فأدلى سعد بحجته، فقال: «**ابن أخى قد كان عهد إلىَّ فيه**» ولم يدع بينة على ذلك، وإنما ادعى أنه عهد إليه فيه.

ولم يمنعه من ذلك عبد بن زمعة لأنه لا طريق له إلى معرفة ذلك، بل الظاهر صدق سعد، ولكنه إنما ادلى حجته أيضًا، فقال: «**أخى وابن وليدة أبى، ولد على فراشه**» فادعاه أخا، ولم يدع بينة على استلحاق أبيه له، وإنما احتج بمجرد دعواه كما احتج سعد بمجرد دعواه.

فلما استوعب النبى ﷺ حجة كل واحد منهما حكم بينهما بالحق، فقال: «**هو لك يا عبد بن زمعة**» ولا يقتضى ذلك أنه ألحقه بأبيه زمعة لأنه لم يضفه إليه، ولا قال هو ابن لزمعة وإنما أضافه إلى عبد بن زمعة؛ لأنه ابن أمة أبيه.

ولو لم يدعه أخًا لقضى له به عبدًا، ولكنه قد أقر بحريته وأخوته، فقيل له أنت أعلم بما تدعيه، فيما يخصك، ولا يصلح استلحاق الرجل أخًا. قال أشهب فى كتاب

ابن سحنون: ومن استلحق أخًا فى بلاد الإسلام لم يوارثه، ولا يستلحق الأخ.

وفى المدنية من رواية عبدالرحمن بن دينار عن ابن كنانة فيمن شهد أن أباه كان مقرًا بوطء جارية، فهلك عنها أبوه، وهى حامل، قال: لا يقبل شهادته، ولا يرث معه فى حظه، وإنما هو عبد للورثة، ولو شهد أن أباه كان أقر لولد من امرأة حرة، ورث معه فى حظه خاصة، ما لم يكن سفيهًا مولى عليه. قال عيسى: وقاله ابن القاسم.

ومعنى ذلك أنه أقر بحمل جارية، فالولد عبد لجميع الورثة، فلا يرث شيئًا من حظه غيره، وإذا أقر أنه من حرة، فهو حر، فلذلك كان له حق فى حظه، وعبد بن زمعة انفرد بميراث أبيه؛ لأنهما كانا كافرين وسودة أخته مسلمة، فلم يرثه، ولم يذكر فى الحديث أن النبى ﷺ ورثه، وإنما أضافه إلى عبد إذ أقر بأنه أخوه، وهو المنفرد بميراث أبيه، فلا يحل له بيعه، ولا يثبت بذلك نسبه؛ لأن النسب إنما يلحق الأب، فلا يلزمه ذلك بقول عبد إلا على وجه الشهادة عليه، فيلزمه ذلك إذا كملت الشهادة، والله أعلم.

وظاهر قوله: «**هو لك يا عبد بن زمعة**» أنه ملكك لكنك قد أقررت له بالحرية، فأنت أعلم بقولك فى ذلك فيما يخصك، وذلك لو أقر رجل بشىء فى يده لصح أن يقال له إنه لك، بمعنى أنه قد كان لك منعه، فإذا أقررت به لغيرك، فأنت وذاك.

وقال الطحاوى: معنى قوله: هو لك، أنه بيدك، لا أنك تملكه، ولكن يمنع منه غيرك. وقال الطبرى: هو لك عبد، وهذا أيضًا غير صحيح إن كان يريد به بعد الإقرار، وإن كان أراد به قبل الإقرار، فهو على ما قدمناه. وقال الشافعى: معناه هو لك أخ، وأنه ﷺ حكم به لزمعة، وسيأتى ذكره بعد إن شاء الله تعالى.

مسألة: وأما الجد، فهل يصح استلحاقه فى كتاب ابن سحنون عن مالك: لا يصح ذلك إلا من الأب. قال سحنون: وما علمت بين الناس فى ذلك اختلافًا. وقال أشهب: يستلحق الأب والجد.

ووجه قول مالك وابن القاسم ما قدمناه، ولأن كل ما لا يصح استلحاقه فى حياة الأب، لا يصح استلحاقه بعد موته كالأخ.

ووجه قول أشهب أن النسب يلحق به، فجاز استلحاقه له كالأب، فالجد مختلف فى استلحاقه، والأب متفق على صحة استلحاقه، وسائر الأقارب متفق على نفى استلحاقهم، فلا يستلحق عم ولا ابن عم ولا أحد من القرابة غير من ذكرنا، قاله مالك وابن القاسم وجماعة العلماء.

مسألة: فإذا ثبت أنه لا يستلحق إلا الأب، فمن أقر أن فلانًا أخوه أو عمه أو ابن عمه أو مولاه، فإنه يشارك فى ميراث من قد توفى ممن يوجب لهما ذلك الإقرار ميراثه، وذلك مثل أن يموت رجل ويترك ولدًا، فيقر ذلك الولد بآخر، فإنه يرث معه أباه، فيأخذ نصف ما ترك من المال، ولكن لا يثبت نسبه بذلك، ولو ترك الميت ولدين، فأقر أحدهما بثلاث، فإنه يدفع إليه ما كان يستحقه مما بيده لو ثبت نسبه، ولا يدفع الآخر إليه شيئًا إلا أن يكون المقر له عدلاً، فيحلف مع شهادته، ويأخذ مما بيد الآخر حصته أيضًا، ولكن لا يثبت بذلك نسبه من الميت، ولو أقرا له جميعًا بأنه أخ لهما، وهما من أهل العدل لثبت نسبه بشهادتهما، وهذا كله قول مالك وجمهور أصحابه.

ووجه ذلك أنه من أقر له بالأخوة، فهو مقر له بمال فى يده، فيقضى عليه بإقراره على نفسه، ويقال له أنت أعلم بذلك، ولا يقضى على الميت بإلحاق نسبه به؛ لأنه لا يلحق به إلا بشهادة كاملة، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما من قال فلان أخى أو عمى أو ابن عمى أو وارثى، فلا يخلو أن يكون ثم نسب معروف، فإن كان ثم نسب معروف يخالف ما أقر به، فما ثبت بالبينة أولى من دعواه.

وإن لم يكن ثم نسب، فمات المقر، فالذى عليه مالك وجمهور أصحابه: أنه إن لم يكن للمقر وارث مستحق لذلك، فإن المقر له يرثه من باب الإقرار، ولا يثبت نسبه بذلك، وقاله أصبغ وسحنون ثم قال: لا ميراث له؛ لأن المسلمين يرثونه.

وجه القول الأول قول النبى ﷺ فى هذا الحديث: «هو لك يا عبد بن زمعة» وهذا يقتضى إضافته إليه على ما ادعاه، وقد قلنا إن نسبه لا يثبت بذلك، فلم يبق أن يضيفه على شىء مما ادعاه، إلا أن يثبت بينهما بذلك توارث على وجه مّا، وهو ما فضل عن ميراث من يثبت نسبه.

ووجه القول الثانى لسحنون ما احتج به ابنه، وذلك أنه قال: إنما اختلف أصحابنا وأهل العراق فى مثل هذا لاختلافهم فى أصل المسألة؛ لأنهم قالوا إن من لم يكن له وارث معروف جاز له أن يوصى بجميع ماله لمن أحب، فلذلك جوزوا إقراره لمن ذكرناه من القرابة، وأصحابنا لا يجيزون له ذلك، وإنما يجيزون له الثلث فقط.

وهذا الذى قاله ابن سحنون غير بين؛ لأن الإقرار بالوارث ليس طريقه طريق الوصية، وإنما طريقه طريق الإقرار بالوارث، وليس طريقه بالمال على وجه ما فيصح

إقراره بجميع ماله، ما لم يكن يمنع من ذلك الوجه مانع، وهو أقوى منه كما لو أقر لرجل فى مرضه بدين يستغرق جميع ماله، ثم يموت، فإن ذلك يستحق جميع ماله بدينه ذلك ولو ثبت عليه دين يستغرق جميع ماله لأخذ جميع ماله، وبطل إقراره لمن أقر له فى مرضه.

ومما يدل على أن هذا ليس طريقه طريق الوصية أنه لا اختلاف بين أصحابنا أنه لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث، وهم كلهم غير ابن سحنون وأشهب يجعلون المال للمقر له بالنسب، ومما يبين ذلك أيضًا أن سحنون وسائر أصحابنا يقولون: من أقر بعد موت أبيه بأخ قاسمه مال أبيه، ولا يثبت له بذلك نسب، ولو كان هذا على وجه الوصية لما أخذ شيئًا منه إلا بعد موت المقر على وجه الوصية، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله ﷺ: «**الولد للفراش وللعاهر الحجر**»(١) الفراش عند أصحابنا هى الأمة

---

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٨/٣٠١: فى هذا الحديث وجوه من الفقه، وأصول جسام، منها الحكم بالظاهر؛ لأن الرسول ﷺ حكم بالولد للفراش، على ظاهر حكمه وسننه، ولم يلتفت إلى الشبه، وكذلك حكم فى اللعان بظاهر الحكم، ولم يلتفت إلى ما جاءت به بعد قوله: «إن جاءت به كذا فهو للذى رميت به» فجاءت به على النعت المكروه، ومن ذلك قوله ﷺ: فأقضى له على نحو ما أسمع منه». وفى هذا الحديث دليل على ما كان عليه أهل الجاهلية، من استلحاق أولاد الزنا. وقد كان عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم فى الإسلام ذكره مالك، عن يحيى بن سعيد، عن سليمان بن يسار: أن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - كان يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم فى الإسلام.

قال أبو عمر: هذا إذا لم يكن هناك فراش؛ لأنهم كانوا فى جاهليتهم يسافحون ويناكحون، وأكثر نكاحاتهم على حكم الإسلام غير جائزة، وقد أمضاها رسول الله ﷺ، فلما جاء الإسلام أبطل به رسول الله ﷺ، حكم الزنى، لتحريم الله إياه وقال: للعاهر الحجر فنفى أن يلحق فى الإسلام ولد الزنى وأجمعت الأمة على ذلك، نقلا عن نبيها ﷺ، وجعل رسول الله ﷺ كل ولد يولد على فراش لرجل لاحقا به على كل حال، إلى أن ينفيه بلعان، على حكم اللعان، وقد ذكرناه فى موضعه من كتابنا هذا وأجمعت الجماعة من العلماء أن الحرة فراش، بالعقد عليها، مع إمكان الوطء وإمكان الحمل، فإذا كان عقد النكاح يمكن معه الوطء والحمل فالولد لصاحب الفراش، لا ينفى عنه أبدا بدعوى غيره ولا بوجه من الوجوه إلا باللعان.

واختلف الفقهاء فى المرأة يطلقها زوجها فى حين العقد عليها بحضرة الحاكم أو الشهود فتأتى بولد لستة أشهر فصاعدا من ذلك الوقت عقيب العقد، فقال مالك، والشافعى: لا يلحق به؛ لأنها ليست بفراش له، إذ لم يمكنه الوطء فى العصمة، وهو كالصغير أو الصغيرة الذين لا يمكن منهما الولد، وقال أبو حنيفة: هى فراش له، ويلحق بها ولدها. =

لأنها تصير فراشًا بإقرار السيد بالوطء. ومعنى ذلك أن الولد لصاحب الفراش.

قال القاضى أبو الوليد: ويحتمل عندى أن يكون المراد بالفراش ما يفترش، وذلك أن الوطء غالبًا إنما يكون على شىء يفترش فيكون معناه، والله أعلم أن السيد إذا وطئ أمته، فقد اتخذ لها فراشًا، وأن الولد منسوب إلى صاحب الفراش، وهو سيد الأمة التى جعل لها فراشًا، وهو أحق به من غيره. وقال أصحاب أبى حنيفة: معنى الفراش، الزوج، وما قالوه غير معروف فى اللغة، وقد بينت ذلك فى كتاب السراج.

ومعنى ذلك أن السيد إذا أقر بوطء أمة فأتت بولد لمثل ما يولد منه وقت الإقرار لحق به الولد، وبه قال الشافعى ومنع من ذلك أبو حنيفة.

وقوله ﷺ: «**الولد للفراش**» عام فى الحرة والأمة، فيحمل على عمومه إلا ما خصه الدليل.

= واختلف الفقهاء فى الأمة فقال مالك: إذا أقر بوطئها صارت فراشا، فإن لم يدع استبراء لحق به ولدها، وإن ادعى استبراء حلف وبرئ من ولدها يمينا واحدا، واحتج بعمر بن الخطاب فى قوله، لا تأتى وليدة يعترف سيدها إن قد ألم بها، إلا ألحقت به ولدها، فأرسلوهن بعد، أو أمسكوهن، وقال العراقيون؛ لا تكون الأمة فراشا بالوطء حتى يدعى سيدها ولدها، وأما إن نفاه فلا يلحق به، سواء أقر بوطئها أم لم يقر، وسواء استبرأ أو لم يستبرئ.

وأجمع العلماء على أن لا لعان بين الأمة وسيدها، وأجمع جمهور الفقهاء أيضا على أن لا يستلحق أحد غير الأب؛ لأن أحدا لا يؤخذ بإقرار غيره عليه، وإنما يؤخذ بإقراره على نفسه، ولا يقر أحد على أحد، ولو قبل استلحاق غير الأب، كان فيه إثبات حقوق على الأب بغير إقراره، ولا بينة تشهد عليه وقد أباه الله ورسوله. قال الله عز وجل: ﴿ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ وقال ﷺ لأبى رمثة فى ابنه: «إنك لا تجنى عليه، ولا يجنى عليك». وفى هذا كله ما يدلك على أن رسول الله ﷺ إنما حكم بالولد لزمعة؛ لأن فراشه قد كان معروفا عنده، والله أعلم، لا أنه قضى به لعبد بن زمعة بدعواه على أبيه، هذا أولى ما حمل عليه هذا الحديث، والله أعلم؛ لأن فيه قول عبد بن زمعة، أخى، وابن وليدة أبى ولد على فراشه، فلم ينكر عليه رسول الله ﷺ، قوله: ولد على فراشه، فدل على أنه علم بوطء زمعة لوليدته، فلذلك لم ينكر الفراش، وكانت سودة بنت زمعة زوجته ﷺ، ومثل هذا لا يخفى من أفعال الصهر على صهره، فلما لم ينكر قول عبد بن زمعة، ولد على فراشه، دل على أنه قد كان علم بأنها كانت فراشا له بمسه إياها، فقضى بما علم من ذلك، ولولا ذلك لم يلحق الولد بزمعة، بدعوى أخيه؛ لأن سنته المجتمع عليها أنه لا يؤخذ أحد بإقرار غيره عليه.

إلا أن هذا التأويل ما يوجب قضاء القاضى بعلمه، وهو مما يأباه مالك، وأكثر أصحابه. انتهى.

ودليلنا من جهة القياس أن هذه حرمة تثبت بعقد النكاح، فثبتت بالوطء فى ملك اليمين. أصل ذلك حرمة المصاهرة.

فصل: وأما قوله ﷺ : «**وللعاهر الحجر**» فمعناه إذا ادعى صاحب الفراش من أمة أو حرة، وأما إن لم يدعه، ففى المدنية أن محمد بن عيسى سأل ابن كنانة عن قوم أسلموا بجماعتهم، وتحملوا إلى دار الإسلام، فادعى بعضهم ولد زنية، أيلحق به، قال: نعم، من حرة كان الولد أو من أمة إلا أن يدعيه معه سيد الأمة أو زوج الحرة، فيكون أولى به؛ لأن النبى ﷺ قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» وقاله ابن القاسم.

فصل: وقوله ﷺ: «**وللعاهر الحجر**» العاهر هو الزانى. وقال عيسى: سئل سفيان بن عيينة عن ذلك، فقال: كان العهر فى أهل الجاهلية ظاهرًا، وهو الزنا، وكان أهل الجاهلية يقولون الزنا ما ظهر منه، فهو آثم، وما كان خفيًا أو متخذة خدنًا، فلا بأس به، فأنزل الله تبارك وتعالى: ﴿**قل إنما حرم ربى الفواحش ما ظهر منها وما بطن**﴾ وأنزل: ﴿**ولا متخذات أخدان**﴾.

فلما جاء الإسلام كان من عهر بأمة يملكها غيره أو حرة تزوجها غيره، فالذى ولد على فراشه أحق به، وقضى ﷺ بالحجر للعاهر على معنى، والله أعلم، يستحق بفعله الرجم لا الولد، وإن كان لا يرجم زانى المشركين لكنه ﷺ لم يخرج قوله ذلك على معنى الاختصاص بأحكام المشركين، بل على سبيل العموم.

فلما قصد أن يثبت الزنا والعهارة أخبر عنه بأشد أحكامه فى الدنيا لأن منهم من حكمه جلد مائة أو جلد خمسين، وعلى حسب ما تتنوع إليه الأحكام فى ذلك، ويحتمل أن يريد بقوله: «وللعاهر الحجر»(١) أنه لا شىء له من الولد، ولا يحصل له من ذلك الزنا غير طرده بالحجارة.

فصل: وقوله: «**ثم قال لسودة: احتجبى منه**»(٢) معنى ذلك، والله أعلم، أنه لم يثبت

---

(١) قال السيوطى: «الحجر» أى له الخيبة ولا حق له فى الولد وعادة العرب أن تقول: له الحجر وبفيه الأثلب، وهو التراب ونحو ذلك، ويريدون ليس له إلا الخيبة، وقيل المراد بالحجر هنا أنه يرجم. وقال النووى: وهذا ضعيف لأنه ليس كل زان يرجم وإنما يرجم المحصن خاصة ولأنه لا يلزم من رجمه نفى الولد عنه. انظر: تنوير الحوالك ١١٨/٢.

(٢) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٠١/٨: أما قول رسول الله ﷺ، فى هذا الحديث: «احتجبى منه يا سودة» فقد أشكل معناه قديمًا على العلماء، فذهب أكثر القائلين بأن الحرام لا يحرم الحلال، وأن الزنى لا تأثير له فى التحريم إلى أن قوله ذلك، كان منه على وجه الاختيار=

نسبه، وإنما أقر له عبد بالأخوة، ولم يكن بذلك أخًا لسودة، ولا يثبت بذلك نسب ولا توارث ولا حكم من أحكام الأخوة، فيكون بذلك من ذوى محارمها.

ولذلك لو توفى رجل وترك ابنا وبنتا فأقر الابن بأخ من أبيه لأخذ من تركة الأب ما يستحقه من حصة الابن المقر، ولم يأخذ مما بيد الأخت شيئًا، ولا كان لها بذلك أخًا، ولا ذا محرم، فلا يحل له أن يدخل عليها، لأنه أجنبى منها حين لم يثبت نسبه من أبيها، فعلى هذا جرى حكم سودة مع الذى ادعاه أخوها، والله أعلم.

وقال الكوفيون، فى قول النبى ﷺ: «احتجبى منه يا سودة» دليل على أنه جعل للزنا حكمًا تحرم به رؤية المستلحق لأخته سودة، فقال لها: «احتجبى منه يا سودة» لما رأى من شبهه بعتبة، فمنعها من أخيها فى الحكم؛ لأنه ليس بأخيها فى غير الحكم؛ لأنه من زنا فى الباطن إذا كان شبيهًا بعتبة فجعله كالأجنبى لا يراها بحكم الزنى، وجعله أخا لها بحكم الفراش.

قالوا: وما حرمه الحلال، فالزنى أشد تحريمًا له، وهذا غير صحيح لما قدمناه، وهو عائد عليهم؛ لأن الحلال يؤيد التحريم فى الأخوة، فكان يجب أن يؤيده الزنا أكثر، ويحرم النكاح، وهذا مما لا خلاف فى إبطاله.

وقال الشافعى: رؤية ابن زمعة لسودة مباح فى الحكم، ولكنه كرهه، وأمرها بالتنزه عنه اختيارًا.

قال أصحابه: لما كان للزوج منع زوجته من رؤية أخيها، وهذا أيضًا ليس بصحيح؛ لأنه لو كان مباحًا لما نهاها عنه، وأمرها بقطع رحمه، وقد أمر ﷺ عائشة أن يدخل عليها عمها من الرضاعة، وقال لها: «هو عمك فليلج عليك»(*) مع ما علم من غيرته

=والتنزه، فإن للرجل أن يمنع امرأته من رؤية أخيها. هذا قول أصحاب الشافعى، وقالت طائفة: كان ذلك منه لقطع الذريعة، بعد حكمه بالظاهر، فكأنه حكم بحكمين: حكم ظاهر، وهو الولد للفراش، وحكم باطن، وهو الاحتجاب من أجل الشبهة، كأنه قال: ليس بأخ لك يا سودة إلا فى حكم الله بالولد للفراش، فاحتجبى منه، لما رأى من شبهه لعتبة، قال ذلك بعض أصحاب مالك، وضارع فى ذلك قول العراقيين، وأما الكوفيون فذهبوا إلى أن الزنى يحرم، وإن له فى هذه القصة حكما باطنا أوجب الحجاب، والحكم الظاهر لحاق ابن وليدة زمعة بالفراش. وقد وافقهم ابن القاسم فى أن الزنى يحرم من نكاح الأم والابنة ما يحرم النكاح، خلاف الموطأ، وقد قال المزنى فى معنى هذا الحديث غير ما تقدم.

(*) أخرجه مسلم ١٠٦٩/٢ كتاب الرضاع رقم ٧٢، عن عائشة. أبو داود برقم ٢٠٥٧،=

ﷺ، وقال: «أتعجبون من غيرة سعد، لأنا أغير منه، والله أغير منا»(*).

ودخل على عائشة وعندها رجل، فقال: «من هذا؟ فقالت: أخى من الرضاعة، فقال: انظرن من إخوانكن، فإنما الرضاعة من المجاعة»(*). ومع ذلك فقد أمرها أن يلج عليها عمها من الرضاعة، والشبه لا تأثير له فى الأنساب.

وقال أبو إبراهيم المزنى: يحتمل أن يكون النبى ﷺ أجاب عن المسألة، فأعلمهم بالحكم أنه كذلك يكون إذا ادعى صاحب الفراش الولد، وصاحب زنى لا على أنه يلزم عتبة دعوى أخيه سعد، ولا يلزم زمعة دعوى ابنه عبد، وبين ذلك بقوله لسودة: «احتجبى منه» وهذا أصح هذه الأقوال، وهو نحو ما ذهبنا إليه، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقول عائشة: «**لما رأى من شبهه بعتبة**» تأول منها، وقد تعلق بهذا سعد، وقال: «ابن أخى عتبة» نظر إلى شبهه بعتبة، فلم يحكم له بذلك، ولا رآه معنى موجبًا لما ادعاه، وقد يتشابه الناس، ولا تنتقل بذلك أنسابهم عما استقرت عليه من الانتساب إلى نسب معروف أو الجهالة بالنسب والعدم لمن ينسب إليه.

وقد قال القاضى أبو محمد فى معونته: الاعتبار بالشبه فى إلحاق النسب واجب، ولم يبين موضع الحكم بذلك، واحتج فيما ادعاه بحديث عائشة هذا.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهو عندى دليل على المنع من ذلك بما قدمته، واحتج بقوله ﷺ فى قضية هلال بن أمية: «إن جاءت به على نعت كذا فهو لشريك»، فجاءت به على النعت المكروه، فقال ﷺ: «لولا ما مضى من كتاب الله عز وجل لكان لى ولها شأن» وهذا أيضًا عندى حجة على المنع من ذلك لأنه لم يحكم فى شىء من ذلك بالشبه، بل أمضى الأمر على ما كان قبل الولادة من حكم اللعان الثابت بكتاب الله عز وجل وظاهر قوله.

=٢/٢٨٥ كتاب الطلاق، عن ابن عمر. النسائى ١٠٣/٦ كتاب النكاح باب لبن الفحل، عن عائشة. ابن ماجه برقم ١٩٤٨، ٦٢٧/١ كتاب النكاح، عن عائشة. البيهقى فى الكبرى ٤٥٢/٧، عن عائشة.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٦٨٤٦، ٧٤١٦. مسلم حديث رقم ١٤٩٩. أحمد فى المسند حديث رقم ١٧٧٠٣. الدارمى حديث رقم ٢٢٢٧.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٦٤٧، ٥١٠٢. مسلم حديث رقم ١٤٥٥. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٣١٢. أبو داود حديث رقم ٢٠٥٨. ابن ماجه حديث رقم ١٩٤٥. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٤١١١، ٢٤٥٥٢، ٢٤٨٩٠، ٢٥٢٦٢. الدارمى حديث رقم ٢٢٥٦.

وقد يجوز أن يكون ما قالته عائشة أكد معنى احتجاب سودة منه، فأما أن يوجب ذلك، فلا، كما لم يوجب ذلك التشابه نسبه إلى عتبة، وإنما تعلقت به عائشة على وجه الترجيح وتقوية غلبة الظن، والله أعلم، ولذلك ترجح به عند تساوى الأسباب المثبتة للنسب على وجه مخصوص من علم مختص به القافة، ولو كان كل شبه يثبت به النسب لما اختص بعلم ذلك القافة، ولوجب أن يستدل به على إثبات الأنساب، ولا يقصر على الترجيح دون الاستدلال.

وقد قال بعض أصحابنا: إن هذا من الحكم بالذرائع لما تأول فى ذلك من حكم بالنسب لعبد وراعى التحريم فى جنبة سودة، فمنعه الدخول عليها، وهذا بعيد؛ لأن هذا أولى من معنى الذرائع، وقد فسرنا معنى الذرائع فى البيوع.

وإنما كان يكون لو صح ما تأوله من باب تغليب الحظر على الإباحة، وهو وجه قد قال به كثير من العلماء، وقالوا: إن ذلك كالأمة تكون بين الشريكين، فإنه محرم على كل منهما وطؤها تغليبًا للحظر على الإباحة، وما قلناه أولا أبين.

ولو حكم بثبوت نسبه من زمعة لحكم بإباحة دخوله على سودة، ألا ترى أن الرجل ينفى ولده ويلاعن، فينتفى عنه، ويحرم بذلك دخوله على بناته، ثم يستلحقه فيلحق به، ويباح بذلك الدخول على بناته.

فصل: وقوله: «**فما رآها حتى لقى الله**» امتثالاً لأمر النبى ﷺ وانتهاء إلى حده وامتناع مما منع منه؛ لأنه لم يثبت بينهما أخوة، ولو ماتت سودة لم يرثها لما حكم به فى أمرهما إلا أن يثبت نسبه.

١٤٠٢ - مَالِك عَنْ يَزِيدَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْهَادِى، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ الْحَارِثِ التَّيْمِىِّ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِى أُمَيَّةَ أَنَّ امْرَأَةً هَلَكَ عَنْهَا زَوْجُهَا، فَاعْتَدَّتْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا، ثُمَّ تَزَوَّجَتْ حِينَ حَلَّتْ فَمَكَثَتْ عِنْدَ زَوْجِهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَنِصْفَ شَهْرٍ، ثُمَّ وَلَدَتْ وَلَدًا تَامًّا، فَجَاءَ زَوْجُهَا إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ، فَدَعَا عُمَرُ نِسْوَةً مِنْ نِسَاءِ الْجَاهِلِيَّةِ قُدَمَاءَ، فَسَأَلَهُنَّ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَتِ امْرَأَةٌ مِنْهُنَّ: أَنَا أُخْبِرُكَ عَنْ هَذِهِ الْمَرْأَةِ، هَلَكَ عَنْهَا زَوْجُهَا حِينَ

١٤٠٢ - أخرجه البيهقى فى سننه الكبرى ٧/ ٤٤٤، وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤١٧.

حَمَلَتْ مِنْهُ، فَأُهْرِيقَتْ عَلَيْهِ الدِّمَاءُ، فَحَشَّ وَلَدُهَا فِي بَطْنِهَا، فَلَمَّا أَصَابَهَا زَوْجُهَا الَّذِي نَكَحَهَا وَأَصَابَ الْوَلَدَ الْمَاءُ تَحَرَّكَ الْوَلَدُ فِي بَطْنِهَا، وَكَبِرَ، فَصَدَّقَهَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا، وَقَالَ عُمَرُ: أَمَا إِنَّهُ لَمْ يَبْلُغْنِي عَنْكُمَا إِلا خَيْرٌ، وَأَلْحَقَ الْوَلَدَ بِالأَوَّلِ.

الشرح: قوله: «**أن مرأة هلك عنها زوجها فاعتدت أربعة أشهر وعشرًا**» يريد كملت عدة الوفاة، فذكر أيام العدة، ولم يذكر الحيض غير أن قول المرأة آخر الحديث: «**فأهريقت عليه الدماء**» دليل على أنه كان من الأربعة أشهر وعشر حيضة.

فصل: وقوله: «**ثم تزوجت حين حلت، فمكثت عند زوجها أربعة أشهر ونصف شهر، ثم ولدت**» يريد أنها مكثت عند الزوج أربعة أشهر ونصف شهر «**فأتت بولد تام**» يريد أنه لم يكن على وجه الاستسقاط؛ لأن السقط لا يختص بوقت دون وقت، فلو كان سقطًا لم ينكره، وأما الولادة فلها وقت لا تتقدم عليه ولا تتأخر عنه، فأقل الحمل الذى لا يجوز أن تتقدم عليه الولادة ستة أشهر، وبه قال أبو حنيفة والشافعى.

والدليل عليه ما نبه عليه على بن أبى طالب رضى الله عنه من قوله تعالى: ﴿**وحمله وفصاله ثلاثون شهرًا**﴾ وقوله تعالى: ﴿**والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين**﴾ فاقتضى ذلك أن الحمل ستة أشهر.

فرع: وأما الذى يراعى فى الأشهر، قال أكثر أصحابنا: ستة أشهر على الإطلاق. وقال فى العتبية ابن القاسم: ستة أشهر، مقدار انفصالها بالأهلة فصاعدًا.

ومعنى ذلك أن تكون أشهر مدة الحمل على الأهلة بعضها من تسعة وعشرين يومًا، فإن ذلك لا يخرجها عن أن تكون ستة أشهر كاملة.

وقال مطرف وابن الماجشون فى الواضحة: إن أتت به لأقل من ستة أشهر من وطء الثانى، فهو للأول، وإن لم يكن بين وطئهما إلا يوم.

ومعنى ذلك أن تكون الستة أشهر كملت لوطء الأول بذلك اليوم، وهذا يقتضى مراعاة اليوم الواحد فى تمام ستة أشهر أو نقصها، فعلى هذا يتخرج على قول ابن القاسم أن تعتبر أيامها بوقت الوطء، فإن كان قبل الفجر اعتدت بذلك اليوم، وإن كان بعد الفجر لم تعتد به، وعلى قول سحنون يعتبر به ويكون تمام الستة الأشهر ذلك الوقت من آخر أيامها، والله أعلم وأحكم.

فرع: والستة الأشهر يختبر آخرها بالسقط والولادة، وأما أولها فوقت دخول الزوج الثاني أو السيد الثاني بها.

فصل: وقوله: «**فأتى زوجها إلى عمر بن الخطاب**» وذلك يقتضى أنه أنكر الحمل فى مثل هذه المدة، فذكر له ما أنكر من ذلك، ولم يعهده، فدعا عمر نسوة من نساء الجاهلية قدماء لما اعتقد من معرفتهن بمثل هذا لما قد عهدن من الولادات، وتكرر عليهن من ذلك فى طول العمر من المعتاد وغيره.

وهذا يقتضى أنه لم يستنبط مدة الحمل من الآيتين المتقدمتين، ولذلك احتاج إلى سؤال النساء، ويحتمل أنه علم هذا الحكم من الآيتين أو غيرهما، ولكنه سأل النساء ليعلم هل يصح خفاء الحمل على المرأة مع استيفائها انقضاء عدتها بأربعة أشهر وعشر مع صدقها فيما ادعته من الحيض، «**فقالت له منهن من ادعت العلم: أنا أخبرك عن هذه المرأة، إن زوجها هلك عنها حين حملت**» تريد أول الحمل، وقبل أن يقوى «**فأهريقت عليه الدماء**» تريد أنها حاضت الحيضة التى كملت بها عدتها مع الأربعة الأشهر والعشر «**فحش ولدها في بطنها**». قال عيسى: معناه ضعف ورق.

قال ابن كنانة، من رواية محمد بن عيسى: انحش، قال: وذلك مثل البضعة تلقى على الجمرة، فتنقبض، وذلك الانقباض هو الانحياش. وقال صاحب العين: حش الولد فى البطن، إذا يبس، والمرأة محش.

فصل: وقولها: «**فلما أصابها الذى نكحها، وأصاب الولد الماء، تحرك فى بطنها فكبر**» يريد أن الولد يضعف بعدم الماء ويكبر ويقوى إذا أصابه ماء الرجل، وأن ولد تلك المرأة إنما كان ضعف عن الحركة، وصغر لعدم الماء، فلما أصابه ماء الرجل الذى تزوج أمه، قوى على الحركة وكبر، فصدقها عمر بذلك لما تبين له قولها، واعتقد أنه لا يكون ولد لأقل من ستة أشهر، وأن سبب ما ظهر من انقضاء العدة وما ظهر بعد ذلك، وكمل من الولادة ما قالته المرأة.

فصل: وقوله: «**وفرق بينهما، وقال: إنه لم يبلغنى عنكما إلا خير**» يريد فرق بينهما لأنه تزوج فى عدة، ولا يصح عقد فى عدة، ويفسخ على كل حال.

وقوله: «**لم يبلغنى عنكما إلا خير**» إظهار لقبوله عذرهما، وأنه لا يظن بهما إلا الخير الذى بلغه عنهما، وأنه لو ظن بهما غير ذلك من تعد بجهل أو علم لما سلما من العقوبة.

فصل: وقوله: «**وألحق الولد بالأول**» يريد ألحق نسبه به لما لم يصح أن يكون من الثانى، وصح أن يكون من الأول؛ لأنه لم يمض من المدة مقدار أقل الحمل.

١٤٠٣ - مَالِك عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ يُلِيطُ أَوْلادَ الْجَاهِلِيَّةِ بِمَنِ ادَّعَاهُمْ فِى الإِسْلامِ، فَأَتَى رَجُلانِ كِلاهُمَا يَدَّعِى وَلَدَ امْرَأَةٍ، فَدَعَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ قَائِفًا، فَنَظَرَ إِلَيْهِمَا، فَقَالَ الْقَائِفُ: لَقَدِ اشْتَرَكَا فِيهِ، فَضَرَبَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ بِالدِّرَّةِ، ثُمَّ دَعَا الْمَرْأَةَ، فَقَالَ: أَخْبِرِينِى خَبَرَكِ، فَقَالَتْ: كَانَ هَذَا، لأَحَدِ الرَّجُلَيْنِ يَأْتِينِى، وَهِىَ فِى إِبِلٍ لأَهْلِهَا، فَلا يُفَارِقُهَا حَتَّى يَظُنَّ وَتَظُنَّ أَنَّهُ قَدِ اسْتَمَرَّ بِهَا حَبَلٌ، ثُمَّ انْصَرَفَ عَنْهَا، فَأُهْرِيقَتْ عَلَيْهِ دِمَاءٌ، ثُمَّ خَلَفَ عَلَيْهَا هَذَا، تَعْنِى الآخَرَ، فَلا أَدْرِى مِنْ أَيِّهِمَا هُوَ؟ قَالَ: فَكَبَّرَ الْقَائِفُ، فَقَالَ عُمَرُ لِلْغُلامِ: وَالِ أَيَّهُمَا شِئْتَ.

الشرح: قوله: «**أن عمر كان يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم فى الإسلام**» يريد أنه كان يلحقهم بهم وينسبهم إليهم وإن كانوا الزينة.

وروى عيسى عن ابن القاسم فى جماعة يسلمون، فيستلحقون أولادًا من زنى، فإن كانوا أحرارًا، ولم يدعهم، أحد لفراش فهم أولادهم، وقد ألاط عمر من ولد فى الجاهلية بمن ادعاهم فى الإسلام إلا أن يدعيه معهم سيد الأمة أو زوج الحرة؛ لأن النبى ﷺ ، قال: الولد للفراش، وللعاهر الحجر» ففراش الزوج والسيد أحق، والألاطة هى الإلحاق، قال: ومن ادعى من النصارى الذين أسلموا أولادًا من الزنا فليلاطوا بهم؛ لأنهم يستحلون الزنا فى دينهم، فجعل ذلك باستحلالهم الزنا.

وروى ابن حبيب عن مالك من أسلم اليوم، فاستلاط ولدًا بزنا فى شركة، فهو مثل حكم من أسلم فى الجاهلية. وقال ابن الماجشون: لا يؤخذ بقولهم فيمن كان من ولادة الجاهلية والنصرانية. وروى أشهب عن مالك أنه إنما يؤخذ بقول القافة فيما يلحق من الولد، وأما فى بغايا أهل الجاهلية، فلا.

مسألة: فمن استلحق منهم ولد أمة مسلم أو نصرانى، لحق به، فإن عتق يومًا، كان ولده وورثه، رواه عيسى عن ابن القاسم، وقال: إلا أن يدعيه زوج الحرة أو سيد الأمة فيكون أحق به.

١٤٠٣ - أخرجه الشافعى فى الأم ٦/ ٢٤٧، وعبد الرزاق فى المصنف ٧/٣٦٠، والبيهقى فى السنن ١٠/٢٦٣، وفى معرفة السنن والآثار ١٤/٢٠٣١٧.

ومعنى ذلك أنهم إذا استحلوا الزنا، وأثبتوا به الأنساب لم يبطل تلك الأنساب الإسلام كالنكاح الفاسد، فإذا ادعى ذلك بعد الإسلام، حكم له بما تقدم له منه فى الجاهليه، وإنما يلحق به إن لم يكن مدع ثم أحق به منه.

مسألة: ولا يخلو أن يكون المدعى للولد من قوم بقوا فى بلادهم، إما بأن أسلموا فبقوا فى بلادهم أو أقروا فيها بصلح تصالحوا عليه، ثم أسلموا أو أسلم بعضهم أو افتتحت بلادهم عنوة، فأقروا فيها ثم أسلموا بعضهم أو يكونوا متحملين عن مواطنهم إلى بلاد المسلمين.

فإن كانوا أقروا فى بلادهم، ففى العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك: أن كل قرية افتتحت عنوة فسكنها المسلمون، فليتوارثوا بقرابتهم بالنسب.

وروى يحيى عن ابن القاسم فى أهل العنوة يتوارثون كأهل الصلح، وقاله أشهب، قال: ويعتبر ذلك بأهل مصر وأهل الشام غلبوا عنوة أيام عمر، فما زالوا يتوارثون إلى اليوم.

مسألة: وإن كانوا متحملين عن أوطانهم، فلا يخلو أن يكونوا عددًا كثيرًا أو يسيرًا، فإن كانوا كثيرًا يبعد عنهم التواطؤ على الكتمان كأهل مصر أسلموا أو جماعة لهم عدد، فتحملوا إلينا، ففى العتبية من سماع عيسى عن ابن القاسم عن مالك، أنهم يتوارثون بأنسابهم.

قال ابن القاسم: وإن كانوا عشرين، فأما النفر مثل سبعة وثمانية، فلا يتوارثون. قال سحنون: لا أرى العشرين عددًا يتوارثون، فاتفقا على أن العدد الكثير يتوارثون بأنسابهم دون العدد اليسير، واختلفا فى تقديره، فعند ابن القاسم: أن العشرين فى حيز الكثير، وعند سحنون فى حيز اليسير.

فصل: وقوله: «**فأتى رجلان كلاهما يدعى ولد امرأة أنه ولده**» يريد أنه أتى رجلان كل واحد منهما يدعى ولد امرأة أنه ولده لما تقدم له مع أمه من الحال التى كان يلاط ولدها به، ولعل عمر قد فهم منها وجه ادعاء كل واحد منهما له أنه وجه أشكل به على الحكم فى إفراد أحدهما به، وقد وجد من أحدهما وطؤها بعد الآخر قبل الاستبراء، وذلك يكون على ثلاثة أوجه، أحدها: أن يكون كل واحد منهما وطئ بنكاح. والثانى: أن يكون كل واحد منهما وطئ بزنا، يلحق فيه النسب.

فأما إذا كان وطؤهما جميعًا بنكاح، فإن أتت به لأقل من ستة أشهر من وطء الثانى،

فهو للأول، وإن أتت به لأكثر من ستة أشهر من وطئه، ففى المدونـة: إن وطئهـا الثـانى قبل أن تحيض، فهو للأول، وإن وطئها بعد حيضة أو حيضتين فى عدة طـلاق أو وفـاة، فهو للثانى.

مسألة: وأما إذا كان وطء كل واحد منهما بملـك اليمـين، فوطـئ الأول، ثـم وطـئ الثانى بعد استبراء من الأول، فإن أتت به لأقل من ستة أشهر، فهو للأول؛ لأنه لا يصح حمل من أقل من ستة أشهر، وإن أتت به بعد سـتة أشـهر، فهـو للثـانى؛ لأنـه قـد وجـد الاستبراء من وطء الأول، ويصح أن يكون من وطء الثانى.

مسألة: وإن وطئ الثانى بعد الأول دون استبراء من وطء الأول، فأتت به لأقـل مـن ستة أشهر، فهو لـلأول، رواه أصبـغ عـن ابـن القاسـم فـى العتبيـة. وزاد مطـرف وابـن الماجشون فى الواضحة: سواء كان سقطًا أو تامًا، حيًا أو ميتًا، ولو لم يكن وطئهمـا إلا يوم. فأما الحمل، فلا خلاف عند مالك وأصحابه فى اعتبار الأشهر الستة بين الوطأين.

وأما الإسقاط، فقد قال ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون فى ذلك ما تقدم. وقال سحنون فى كتاب ابنه فى وطء الأمة الشريكين أو المتبايعين: إن أسقطت قبل ستة أشهر أو بعدها: أنها تعتق عليهما، ويضمـن المشترى الأكثر مـن نصـف قيمتهـا يـوم وطئهـا ونصف الثمن.

وجه قول ابن القاسم ومن قال بقوله ما حملوا عليه الأمة من أنهـا فـى ضمـان البـائع قبل الستة الأشهر، فكل ما أصابها قبل ذلك من موت أو غيره قبل أن يظهر بها حمل أو بعده ما لم تحض، فهى من البائع؛ لأن الاستبراء لـم يتـم، والمـدة مختصـة بـالحمل، فكـل سقط أو ولد يكون فيه، فهو له.

فإن أكملت الستة الأشهر، فضمانها من المبتاع، وكذلك إذا ولدته ميتًا كانت لـه أم ولد؛ لأنه قد تعذر النظر إليه؛ لأن الذى يولد ميتًا لا يعلم أنه لعله قد كان مما يولـد قبـل ستة أشهر لكنه بقى ميتًا، فلما لم يعلم أن ذلك وقت ولادته لم يدع له القافـة لأنـه إنمـا يدعى القافة لما ولد الولادة المعتادة التى يعتبر بها فى إثبات النسب.

فأما الولادة التى لا يعتبر بها فى ذلك، فلا مدخـل للقافـة فيـه، وإنمـا يعتـبر بـالوقت خاصة، فما كان قبل الستة الأشهر، فهو للأول، وما كان بعدها فهو للثانى.

ووجه ما قاله سحنون أن السقط لا يختص بوقت؛ لأنه قد يصح أن يكون مـن شـهر وأقل وأكثر، فلما اشتركا فيه وتعذر تميزه وإلحاقه بأحدهما من جهـة الوقـت أو القافـة،

وجب أن يكون الأمر بينهما فيضمنان الأم، إذا ليس التزام ذلك أحدهما بأولى من الآخر، ولما كان السقط بعد ستة أشهر يمكن أن يكون من كل واحد منهما، ولا يختص بأحدهما ولا يتميز أمره بالنظر إليه حمل على أنه منهما، وكذلك السقط بعد ستة أشهر لجواز أن يكون مات قبل ستة أشهر، والله أعلم.

مسألة: وإن أتت به لأكثر من ستة أشهر، فقد قال ابن القاسم فى العتبية: تقارب الوطئان أو تباعد، والولد حى، فهو الذى يدعى له القافة، وقاله مطرف وابن الماجشون فى الواضحة، وبه قال مالك والشافعى.

وروى عن عمر وابن عباس وأنس وعطاء بن أبى رباح والأوزاعى، ومنع منه الكوفيون وأكثر أهل العراق. وروى عن عمر وعلى بن أبى طالب، وقالوا: إذا ادعى رجلان ولدًا، فهو لهما وكانت أمه أم ولدهما، فإن ادعاه ثلاثة لم يكن ولدًا لهم عند أكثرهم.

والدليل على ما نقوله ما روى عن عائشة أن رسول الله ﷺ دخل عليها تبرق أسارير وجهه، فقال: «ألم ترى أن مجززًا المدلجى قال فى أقدام زيد وأسامة: إن هذه الأقدام بعضها من بعض»(*) ولولا أن قولهم ذلك صادر عن علم يلزم التعلق به لما سرَّ به، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإن وضعته ميتًا؟ قال ابن القاسم فى العتبية: سقطًا أو تامًا، فإن كان بعد ستة أشهر، فهو من المبتاع والولد له، وهى أم ولده، ولا قافة فى الأموات. وقال سحنون فى السقط: أنه منهما على ما تقدم.

وقول ابن القاسم: لا قافة فى الأموات، يحتمل أن يريد به من ولد ميتًا. وقد قال سحنون: إن مات بعد وضعه حيًا، دعى له القافة إذ لا يغير الموت شخصه، ولعله أراد أن الذى يولد ميتًا لا يدرى متى مات.

فرع: ولو مات أحد الأبوين، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون، ورواه ابن سحنون عن أبيه: ينظر القافة إلى الولد، والباقى من الأبوين، فإن ألحقوه به لحق، وإن لم يلحقوه به، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون: أنه لا يلحق به، ولا بالميت.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٣٥٥٥، ٣٧٣١، ٦٧٧٠، ٦٧٧١. مسلم حديث رقم ١٤٥٩. الترمذى حديث رقم ٢١٢٩. أبو داود حديث رقم ٢٢٦٧. ابن ماجه حديث رقم ٢٣٤٩. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٥٧٩.

قال ابن حبيب عن أصبغ: يلحق بالمبيت لأن الميت أقر بالوطء، فلولا وطء الآخر للحق به من غير قافة ، فإذا بطل أن يكون من وطء الحى، وجب أن يكون للميت، والقولان مبنيان على أن القافة لا تنظر إلى ابن ميت.

وقد ذكر فى كتاب ابن سحنون: أن القافة لا تلحق بابن ميت، وقد تقدم قول سحنون: أنه ينظر إلى الابن بعد أن يموت إذا ولد حيًّا. وقال: إن الموت لا يغير شخصه.

فوجه ذلك عندى أن الأب من شرط إلحاق الابن به أن يدعيه، فيجب أن يكون حين الإلحاق به مدعيا له، فإذا مات فقد عدم ذلك فلم يصح الإلحاق به، والابن ليس من جهة إقرار ولا إنكار، فجاز أن يكون حين الإلحاق به حال موته.

وأما على قول ابن الماجشون وتعليله أن الميت من الأبوين لو كان حيًّا لجاز أن ينفيه عنه القافة، فيصح أن يريد بذلك أن الأب لما لم يصح الإلحاق به بالقافة دون دعواه، لم يصح أن ينفى عنه بالقافة وتحرير ذلك، والذى يتحقق منه أن ادعاء الأب الابن على مذهب ابن الماجشون يجب أن يكون مقارنًا لإلحاق القافة الابن به.

وعلى قول أصبغ يجوز أن يلحقه القافة به بدعوى متقدمة، ويصح أن يريد ابن الماجشون بذلك أن الميت لا ينظر إليه لأن التغيير يلحقه، فعلى هذا لا يجوز أن ينظر إلى الابن إذا مات، وإن كان قد ولد حيًّا.

فصل: وقوله: «**فدعا عمر قائفًا فنظر إليهما**» يريد أنه نظر إليهما وإلى الولد، ويحتمل أن يكون عمر اقتصر على القائف الواحد لما لم يجد غيره، ويحتمل أنه اقتصر عليه لتحقق جواز الحكم.

وقد روى ابن حبيب عن مالك: أنه يجزئ القائف الواحد، إن كان عدلاً، ولم يوجد غيره، وهو قول الشافعى، وعليه جماعة أصحابنا إلا ما روى أشهب عن مالك: أنه لا يجزئ إلا قائفان. وبه قال عيسى بن دينار.

وجه القول الأول أن هذه طريقة الخبر عن علم يختص به القليل من الناس كالطبيب والمفتى.

ووجه القول الثانى أنه يختص بسماعه، والحكم به، الحكام، فلم يجز فى ذلك أقل من اثنين كالشهادات. وقد قال عيسى: لا يجزئ من ذلك إلا أهل العدل لما كان طريق ذلك عنده طريق الشهادة.

مسألة: ولم يختلف قول مالك وأصحابه في القول بالقافة في أولاد الإماء. وأما أولاد الحرائر، فالمشهور عنه أنه لا يدعى لهم القافة.

وجه القول الأول أنه يجوز أن يشترك السيدان في ملكها، ويجوز أن يشتريها الرجل، ولم تستبرأ من الأول، وذلك ممنوع في الحرة، فلما كثرت أسباب الاشتراك في الإماء دون الحرائر، اختص أولادهن بحكم القافة. ووجه القول الثاني، وبه قال الشافعي، أن المرأة تلحق ولدها.

فصل: وقول القائف: «**لقد اشتركا فيه**» يريد أنه من واطئين لكل واحد منهما فيه نصيب وتأثير، ولعله كان ذلك لما رأى فيه من شبه كل واحد منهما، «**فضربه عمر بالدرة**»، لعله أن يكون فعل ذلك به لما رأى فيه من العجلة، واعتقد فيه من التقصير عن النظر الذي يلحقه بأحدهما.

فصل: وقوله: «**فدعا عمر المرأة، فقال: أخبريني خبرك**» على معنى الاجتهاد في طلب الحق لعله أن يجد في قولها ما يقوى الحق عنده أو ما يتسبب به إلى معرفة الحق، ومثل هذا يلزم الحاكم، فإنه من وجوه الاجتهاد إن سئل عن الحكم قبل إنفاذه، ويتسبب إلى معرفة الحق أو غلبة الظن من كل وجه يمكنه ذلك فيه.

فصل: وقول المرأة: «**أن أحدهما كان يأتيها ولا يفارقها حتى يظنا أنه قد استمر بها حمل، ثم انصرف عنها، فأهريقت عليه دماء، ثم خلف عليها الآخر، فلا أدري من أيهما هو**» تريد أنه أشكل عليها أيضًا الأمر؛ لأن الأول لم يفارقها إلا وقد ظنت أنها حامل منه، ولم تتحقق الأمر، ثم أهريقت عليه دماء، ثم واقعها الآخر بعد ذلك، فأشكل عليها الأمر لأنها لعلها لم تر الدم مدة حيضة كاملة يقع بها الاستبراء، وإنما رأته دفعة، ولذلك لم تقل أنها حاضت، وإنما قالت أنها رأت الدم الذي يكون به استبراء.

ويحتمل أن يكون ذلك حكم بغايا الجاهلية لأنه لم يستبرأ الوطء الأول ولا الثاني إلى نكاح، ولا ملك يمين، وأما في الإسلام، فإذا وطئ الثاني بعد حيضة كاملة، وأتت به لستة أشهر فهو له دون الأول، لأن ذلك مسند إلى ملك اليمين.

فصل: وقوله: «**فكبر القائف**» يريد أنه لما جاء من خبر المرأة ما يصدق قوله، كبر كفعل الغالب الذي صح قوله، وتبين فعله، فقال عمر للغلام: «**وال أيهما شئت**» يقتضي أن الغلام ممن يصح منه أن يختار ويميز ويكون له قصد.

قال ابن حبيب: وكذلك قال ابن القاسم، ورواه عن مالك في الأمة تأتي بولد من وطء الشريكين، فيقول القائف له: لقد اشتركا فيه، فليوال أيهما شاء.

وروى ابن حبيب عن مطرف: بل يقال للقافة ألحقوه بأصحهما به شبهًا، فقد اشتركا فيه، ولا يترك وموالاة من أحب، وقاله ابن نافع وابن الماجشون.

قال سحنون: وقد قال لى غير ابن القاسم: إنه ليس له موالاة أحدهما إذا بلغ، ويبقى ابنًا لهما.

وجه القول الأول ما روى عن عمر أنه قال له: «وال من شئت منهما» ومثل هذه القضية مما يشيع وينتشر، ولم يخالفه أحد من الصحابة، فثبت أنه إجماع. ومن جهة المعنى أنه لا يصح الاشتراك فى النسب، ولذلك لم يجز أن يتزوج رجلان امرأة لما كان فى ذلك من الشرك فى النسب، ويصح أن يتزوج الرجل المرأتين لما لم يؤد إلى ذلك، فإذا لم يوجد وجه يختص منه بأحدهما رد ذلك إلى اختيار الولد، فوالى أحدهما، وكان ابنًا له دون الآخر، وإنما يكون ذلك إذا لم يمكن إلحاقه بأحدهما.

ووجه قول مطرف أنه قد اشترك فيه الرجلان، ولكن يلحق بأقواهما شبهًا به فى المعانى التى توجب الإلحاق، فيغلب ذلك. وأما التخيير، فإن الأنساب لا تثبت به ولا تأثير له فيها.

ووجه القول الثالث أن النسب أصله وحقيقته يكون مخلوقًا من مائه على الوجه الذى يخلق به، فلما ظهر إلينا أنه مخلوق من مائهما، وجب أن يكون ابنًا لهما.

قال: وسمعت مالكًا يقول: فإذا قلنا إنه يوالى من شاء، فمتى يكون له ذلك؟ روى ابن حبيب عن ابن القاسم عن مالك: أن ذلك إذا بلغ. وقال أصبغ: وروى ابن زيد عن أصبغ: أن ذلك له إذا عقل، وإن لم يبلغ الحلم.

وجه القول الأول أن ذلك وقت تلزمه الأحكام، ويحكم عليه بإقراره.

ووجه القول الثانى أن هذا طريقه الاختيار، فإذا عقل، صح اختياره، فكان له أن يوالى من شاء.

فرع: ومن الذى ينفق عليه إلى وقت الاختيار؟ روى عيسى عن ابن القاسم: ينفقان عليه جميعًا. وقال أصبغ: النفقة على المشترى حتى يبلغ حد الموالاة.

وجه القول الأول أنه لما كان موقوفًا لهما لم يكن أحدهما أحق بالإنفاق عليه دون الآخر، فلزمهما الإنفاق عليه.

ووجه القول الثانى أن للمشترى اليد، فكانت عليه النفقة.

فرع: فإذا اتفقا عليه، فوالى أحدهما، قال عيسى: لا يرجع الآخر بما أنفق. وقال أصبغ: ما أنفق الذى لم يواله، يرجع به على الذى والاه.

وجه القول الأول أنه أنفق عليه على غير وجه السلف، ولم يعتقد الإنفاق عليه، فلم يرجع به عليه كما لو لم يعرف له والد يواليه.

ووجه القول الثانى أنه إنما أنفق عليه ليرجع به على مستحق ولايته كالعبد يوقف فينفق عليه المتداعيان ثم يستحقه أحدهما.

مسألة: فإن بلغ، وقال: لا أوالى واحدًا منهما، فقال سحنون: ذلك له، ويكون ابنًا لهما.

ووجه ذلك أن هذه حال لم يجبر فيها، فلم يختص بولاء أحدهما. أصل ذلك حال الصغر، وهما أحق بولايته من غيرهما، فكان ذلك لهما لأنه قد ساوى بينهما كما لو والاهما.

١٤٠٤ – مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَوْ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ قَضَى أَحَدُهُمَا فِى امْرَأَةٍ غَرَّتْ رَجُلا بِنَفْسِهَا، وَذَكَرَتْ أَنَّهَا حُرَّةٌ، فَتَزَوَّجَهَا، فَوَلَدَتْ لَهُ أَوْلادًا، فَقَضَى أَنْ يَفْدِىَ وَلَدَهُ بِمِثْلِهِمْ.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: وَالْقِيمَةُ أَعْدَلُ فِى هَذَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

الشرح: قوله: «**أن عمر بن الخطاب أو عثمان**» على وجه الشك منه أو ممن بلغه ذلك منه «**قضى فى أمة غرت رجلا بنفسها، وذكرت أنها حرة**» يريد أن الأمة قد تغر من لا يعرف أنها أمة بنفسها، وتزعم أنها حرة فيتزوجها، فإن علم بذلك والزوج ممن يحكم له بحكم الأرقاء كالمكاتب والمدبر والمعتق بعضه والمعتق إلى أجل، فإن ولدها رقيق لسيدها.

ووجه ذلك أنه إن بيع الأب، فحكم الرق يلحقه، فكان تبعًا للإمام.

مسألة: وإن كان الزوج حرًا، وقال: تزوجتها على أنها حرة، وقال سيدها: بل على أنها أمة، ففى كتاب محمد. الزوج مصدق ويأخذها وقيمة ولدها يوم الحكم.

١٤٠٤ – أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٢١٩/٧. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤١٩.

ووجه ذلك أن الحرية الأصل، وأحكامها ثابتة دون إثبات، فكان القول قول مدعى ذلك دون مدعى اشتراط الرق؛ لأنه حكم طار لا يثبت إلا بالإقرار.

مسألة: وإذا ثبت أنه تزوجها على الحرية، فاستحقت بالرق، فلسيدها أخذها، وقيمة ولدها، وهو معنى ما قضى به عمر أو عثمان إذا قال: «**قضى أن يفدى ولده بمثلهم**» وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعى. وقال أبو ثور: الولد رقيق، ولا قيمة فيهم.

وجه قول مالك أن الولد تبع فى الرق والحرية، فمن ملك الأم، ملك ولدها غير أن الأب لم يتزوجها على حرة، فقد تزوج على حرية ولده، فكان له شرطه، وكان للسيد مثلهم عوض المثل من مال من استحق حريتهم ومال من اشترطهم لهم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد قال مالك: على الأب، ووجب أن يكون ذلك قيمتهم يوم الحكم، وبه قال أبو حنيفة والشافعى:

قيمتهم يوم ولدوا.

وقال المغيرة: والدليل على ما ذهب إليه مالك أنه إنما اعتبر فى قيمتهم صفتهم يوم الحكم لأنهم لم يكونوا فى ضمان الأب، ولم يكن هذا الحكم مستغنيًا عن حاكم، فلما احتاج إلى حاكم، اعتبرت صفة المحكوم فيه يوم الحكم؛ لأن ذلك من تمام الاستحقاق.

وقال ابن المواز: قد أخطأ من قال: القيمة يوم الولادة، ولو كان ذلك لكان عليه ذلك، وإن مات الولد.

فرع: وإن كان للولد مال حين التقويم، ففى المدونة: يقوم بغير ماله، وقد اختلف فيه.

مسألة: وهذا إذا كان الأولاد أحياء، فإن كانوا قد ماتوا، فلا شىء للمستحق من قيمتهم إلا أن يكونوا قتلوا؛ فأخذ الأب الدية. فقد قال ابن القاسم: للمستحق الأقل من قيمتهم، أو ما أخذه السيد من ديتهم، وكذلك لو ضرب بطن الأم، فألقت جنينًا، فأخذ الأب فيه غرة. وقال أشهب: لا شىء على الأب فى شىء من ذلك كله.

وجه قول ابن القاسم أن هذا العوض إنما أخذه الأب بدلاً من ولد الجارية الذين استحق السيد قيمتهم، فكان للسيد أن ينتزع من الأب ما أخذ من قيمتهم، إلا أن يأخذ أكثر من قيمتهم، فلا ينتزعه منهم؛ لأنه لا يستحق إلا القيمة.

ووجه قول أشهب أن القيمة إنما تكون للأب بالحكم، والحكم لم يدرك الولد، فلم

يكن للسيد حق فيهم. قال محمد: وقول أشهب صواب، وذهب إلى هذا، ولابن القاسم أن يقول: إن الحكم قد أدرك الدية وللحاكم أن يحكم فيها كما كان يحكم فى الولد لأنها بدل منهم، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**أن يفدى ولده بمثلهم**» قد اختلف قول مالك فيمن أتلف شيئًا من الحيوان أو العروض التى لا تكال ولا توزن، فقال مرة: فى ذلك المثل. وقد قال ذلك فيمن باع بعيرًا أو استثنى جلده حيث يجوز ذلك، ثم استثنى المشترى البعير، فإن الذى استثناه شيء فى جلده، يريد مثله، ثم قال: «أو قيمته والقيمة أعدل».

والقول الذى عليه يعتمد من مذهب مالك: أن فى ذلك كله القيمة، وإنما المثل فيما يكال أو يوزن، ولما كان هذا الولد من الحيوان كانت القيمة عنده فيه أعدل؛ لأنه أقرب إلى المماثلة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه لا يرجع على الغار بقيمة الولد، وإنما يرجع عليه بالمهر، قاله ابن القاسم. وقال الشافعى: يرجع على الغار بقيمة الولد، ولا يرجع عليه بالمهر.

والدليل على ذلك أنه لم يغره من الولد، وإنما غره بالنكاح الذى أخذ عوضه المهر.

فرع: وهذا إذا كان الغار يعلم أنها أمة، فزوجه منها على أنها حرة وادعى أنه وليها، ولو أعلمه أنه ليس بولى لها ثم زوجه منها لم يرجع عليه بشيء، قاله ابن القاسم.

ووجه ذلك أنه ليس بعاقد على الحقيقة.

مسألة: وإذا غرت الأمة من نفسها، فتزوجت على أنها حرة، فدخل بها، فقد قال مالك: لا يؤخذ منها المهر، وبه قال الشافعى. وقال ابن القاسم: أرى أن يؤخذ منها ما فضل عن مهر المثل.

ووجه قول مالك أن المهر لم يدخله فساد، فلذلك ثبت فيه المسمى.

ووجه قول ابن القاسم أن النقص بالرق قد وجد فى العوض، فكان للزوج الرجوع بما فضل عنه على عوضه معيبًا بعيب الرق.

* * *

القضاء فى ميراث الولد المستلحق

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِـى الرَّجُـلِ يَهْلِـكُ،

وَلَهُ بَنُونَ، فَيَقُولُ أَحَدُهُمْ: قَدْ أَقَرَّ أَبِي أَنَّ فُلانًا ابْنُهُ، إِنَّ ذَلِكَ النَّسَبَ لا يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ إِنْسَانٍ وَاحِدٍ، وَلا يَجُوزُ إِقْرَارُ الَّذِي أَقَرَّ إِلا عَلَى نَفْسِهِ فِي حِصَّتِهِ مِنْ مَالِ أَبِيهِ، يُعْطَى الَّذِي شَهِدَ لَهُ قَدْرَ مَا يُصِيبُهُ مِنَ الْمَالِ الَّذِي بِيَدِهِ[1] .

قَالَ مَالِك: وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنْ يَهْلِكَ الرَّجُلُ، وَيَتْرُكَ ابْنَيْنِ لَهُ، وَيَتْرُكَ سِتَّمِائَةِ دِينَارٍ فَيَأْخُذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَلاثَمِائَةِ دِينَارٍ، ثُمَّ يَشْهَدُ أَحَدُهُمَا أَنَّ أَبَاهُ الْهَالِكَ أَقَرَّ أَنَّ فُلانًا ابْنُهُ، فَيَكُونُ عَلَى الَّذِي شَهِدَ لِلَّذِي اسْتُلْحِقَ مِائَةُ دِينَارٍ، وَذَلِكَ نِصْفُ مِيرَاثِ الْمُسْتَلْحَقِ لَوْ لَحِقَ، وَلَوْ أَقَرَّ لَهُ الآخَرُ أَخَذَ الْمِائَةَ الأُخْرَى فَاسْتَكْمَلَ حَقَّهُ وَثَبَتَ نَسَبُهُ.

الشرح: وهذا كما قال أن مذهب أهل المدينة على ساكنها السلام في الذي يتوفى، ويترك ولدين، ويترك ستمائة دينار، أن لكل واحد منهما ثلاثمائة دينار، فإن قال أحدهما أن أباه أقر لرجل أنه ابنه، قيل له قد أقررت له بمال، فينظر إلى ما في يديك مما كان يصير له لو ثبت نسبه فتدفعه إليه؛ لأنك مقر له به.

ولو ثبت نسبه لكان لكل واحد منهم مائة دينار، وقد أخذ هذا ثلاثمائة دينار، فالمائة الزائدة قد أقر بها للمقر به، وبهذا قال مالك. وقال الشافعي: لا يلزمه أن يعطيه شيئًا؛ لأنه أقر له بشيء لا يستحقه إلا من جهة النسب، ولا يثبت نسبه بإقرار أخيه وحده إذا كان من الورثة من يرفعه عنه.

والدليل على ما نقوله أن إقراره يتضمن شيئين، أحدهما: النسب، وهذا إقرار على غيره؛ لأنه لا يثبت بمجرد قوله، والثاني إقرار بمال في يده، فلزمه فيه كما لو وفي رجل وترك ولدًا واحدًا، فأقر بأخ ثبت نسبه عند الشافعي، وقاسمه المال باتفاق.

مسألة: وقال أبو حنيفة: يلزم المقر أن يدفع إليه نصف ما بيده دون المنكر.

والدليل على ما نقوله أنه إنما أقر على نفسه وعلى أخيه، فإن المقر يستحق مثل حق كل واحد منهما مما بأيديهما، والذي كان يجب له بذلك من الستمائة مائتان، فقد أقر له مما بيده بمائة، وشهد له على أخيه بمائة أخرى مما بيده، فإن كان من أهل العدل، وشهد له شاهد آخر بمثل ذلك لم يستحق من يد المقر له غير مائة، ومن يد المنكر مائة

---

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٢٠.

أخرى، والله أعلم. وقد اتفقوا أنه لو أقر به الأخوان لأخذ حصته من يد كل واحد منهما.

مسألة: ولا يخلو هذا الإقرار أن تكون التركة عينًا أو عرضًا، فإن كانت عينًا، فعلى ما تقدم وإن كانت عرضًا مثل أن يترك المتوفى عبدًا أو أمة، فأخذ المقر العبد وأخذ أخوه الأمة، ثم أقر أحد الأخوين بأخ.

قال ابن ميسر: فهذا قد أقر بثلث العبد وثلث الأمة، وقد كان للمقر قبل الإقرار نصف كل واحد منهما فى الإنكار، فأقر فى كل نصف وجب بثلث ذلك النصف وهو سدس العبد، فلما باع نصفه فى الأمة بنصف أخيه فى العبد ضمن لأخيه سدس قيمة الأمة.

وأما ثلث العبد فواجب له؛ لأن سدسه كان بيده وسدس آخر عاوض فيه أخاه، فابتاع ما لا يحل له كمن اشترى شيئًا ثم أقر أنه لآخر، فليسلمه إليه، فقد وجب له ثلث العبد بكل حال، وهو مخير فى سدس الأمة أن يأخذ منه قيمته أو يأخذ منه سدس العبد الذى باعه، فيصير له نصف العبد، وللمقر نصف، هذا الذى ذكره أحمد بن ميسر.

وقال أبو أيوب البصرى: إن قول أهل المدينة: أنه يعطيه ثلث العبد الذى صار له، ويضمن له سدس قيمة الأمة؛ لأنه باع ذلك بدس من العبد وهو مقر أنه لأخيه. قال الشيخ أبو عمر: وهذا الذى قاله أبو أيوب هو الصواب، وليس فيه تخيير؛ لأن الذى أقر له به من العبد اشترى نصفه بسدس الأمة الذى كان بيد أخيه من العبد الذى كان بيده.

مسألة: فإن مات المقر لم يرثه، وإنما يرثه أخوه الثابت النسب، قاله سحنون فى العتبية.

ووجه ذلك أن الإقرار لا يورث به إلا مع عدم وارث ثابت النسب، ولهذا المقر أخ ثابت النسب، فلا يرثه المقر له. قال سحنون: ولو لم يكن له وارث غير المقر له لورثه.

ولو مات المقر له، فقد قال سحنون: يرثه المقر به والمنكر له. قال يحيى بن عمر: يأخذ المقر من تركته بدءًا مثل ما كان أعطاه ثم يكون ما بقى بينهما لأن المنكر جحده إياه.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وكان عندى يجب أن ينظر إلى ما كان يستحقه بما أخذه المنكر من مال أبيه، لو ثبت نسب المقر له، فإن كانت مائة دينار

أضيفت إلى مال المقر له، فإن كان ذلك ثلاثمائة دينار أخذ منها المقر له مائة وخمسين، وبقيت خمسون من مال المقر له، فوقفت.

فإن أقر به المنكر دفعت إليه، وكمل بذلك وبالمائة التى كان يأخذها منه ما لو أقر به تمام نصيبه من ميراثه، وذلك مائة وخمسون، فإنما المائة الدينار التى بقيت بيده من تركة أبيه بمنزلة الدين عليه للمقر له، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «**أقر له الآخر، استكمل حقه، وثبت نسبه**» يريد لأن الأخوين، قد شهدا له بالنسب، وهما من أهل العدل، ويجب على هذا إذا كان أحدهما شاهدًا له أن لا يثبت له بذلك نسبه مع يمينه، لأن النسب يثبت بشاهد ويمين، ولا يستحق بذلك المال؛ لأنه قد استحقه الثابت النسب، ولم يكن هناك وارث معروف، فقد روى يحيى ابن يحيى عن ابن القاسم: أنه يقضى له بالمال لوجه الميراث، ثم لا يثبت له بذلك نسب.

وروى الشيخ أبو محمد عن أشهب: أنه لا يستحق المال حتى يثبت له النسب بما تثبت به الأنساب، وذلك مثل أن يتوفى رجل ويترك مالا، ويأتى من يدعى أنه ابنه فيقيم شاهدًا واحدًا، فعلى قول ابن القاسم: يحلف، ويستحق المال دون النسب، وعلى قول أشهب: لا يستحق شيئًا.

وجه قول ابن القاسم أنه قد ينفصل المال من النسب، وكذلك إذا أقر أحد الورثة بولد واستحق ما يتضمنه إقراره بما فى يده من المال، ولا يثبت بذلك نسبه.

ووجه قول أشهب أن هذا المال إنما يستحق من جهة النسب، فإذا لم يثبت النسب لم يستحق شيئًا من جهته كسائر أسباب الاستحقاق، وليس هاهنا مقر بحق ينفرد به فلزمه تسليمه، وإنما يدعى حقًا ثابتًا لجماعة المسلمين، فلا سبيل له إليه إلا بعد إثبات النسب الذى يستحق به، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: وَهُوَ أَيْضًا بِمَنْزِلَةِ الْمَرْأَةِ تُقِرُّ بِالدَّيْنِ عَلَى أَبِيهَا أَوْ عَلَى زَوْجِهَا، وَيُنْكِرُ ذَلِكَ الْوَرَثَةُ، فَعَلَيْهَا أَنْ تَدْفَعَ إِلَى الَّذِى أَقَرَّتْ لَهُ بِالدَّيْنِ قَدْرَ الَّذِى يُصِيبُهَا مِنْ ذَلِكَ الدَّيْنِ لَوْ ثَبَتَ عَلَى الْوَرَثَةِ كُلِّهِمْ، إِنْ كَانَتِ امْرَأَةً وَرِثَتِ الثُّمُنَ، دَفَعَتْ إِلَى الْغَرِيمِ ثُمُنَ دَيْنِهِ، وَإِنْ كَانَتِ ابْنَةً وَرِثَتِ النِّصْفَ، دَفَعَتْ إِلَى الْغَرِيمِ نِصْفَ دَيْنِهِ عَلَى حِسَابِ هَذَا يَدْفَعُ إِلَيْهِ مَنْ أَقَرَّ لَهُ مِنَ النِّسَاءِ.

الشرح: وهذا على ما قاله أن مسألة الإقرار تجرى مجرى ما ذكره من المرأة تقر بدين

على موروثها، وينكر ذلك سائر الورثة، فإن كانت بنتًا ترث النصف، فإنما يلزمها من الذين بقدر ذلك، وهو نصفه، وإن كانت زوجه ترث الثمن؛ لأن للميت ولدًا أو ولد ابن إنما عليها من الدين ثمنه، ولو لم يكن له ولد ولا ولد ابن، فورثت الربع لكان عليها من الدين ربعه.

وكذلك الوارث إذا كانت أنثى ترث مع المقر له الثلث، فإنما عليه أن يدفع إليه ما صار إليه زائدًا على الثلث، ولو كانت زوجة لها الثمن، فأقرت بابن للميت لم يكن عليها أن تعطيه شيئًا لأن موروثها دونه ومعه لا يزيد، ولا ينقص، فلا يؤثر إقرارها فيما بيدها.

وقال ابن حبيب: أصحاب مالك كلهم يرون هذا القول من مالك وهما؛ لأنه لا ميراث لوارث إلا بعد قضاء الدين، فيجب له أن يأخذ من المقر بالدين دينه. وأما الوارث، فإنه وارث مع المقر، وليس بوارث قبله، فلذلك أخذ منه ما ينوبه.

وروى هذا ابن المواز عن أشهب، وهذا الذى قاله ابن حبيب ليس بصحيح، بل أصحاب مالك على ما قاله مالك، وهو الصحيح، وقد أنكره أصحابنا على ابن حبيب، وما اختاره ابن حبيب هو قول أبى حنيفة، واختار ابن المواز قول ابن القاسم.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن من أقر من الورثة بالدين بمنزلة شهادة الشهود به، ولو شهدت به بينة لأخذ من كل واحد منهم قدر حصته من الدين، وكذلك إذا أقروا به.

وقد قال الشيخ أبو بكر الدين كالميراث إلا أن يكون الدين محيطًا بالميراث، فإنه يؤخذ من المقر جميع ما بيده؛ لأنه لو ثبت الدين بشهادته لأخذ منه جميع ما بيده.

ووجه قول أشهب أنه لو قامت بينة بالدين، فلم يجد بيد أحدهما شيئًا لأخذ مما بيد الآخر جميع حقه، وإنما استغرق ما بيده ثم يرجع ذلك على أخيه بما ينوبه من ذلك فكذلك إذا أقر به أحدهما، وأنكره الآخر، أخذ من المقر جميع حقه.

وتحريره أو الإنكار معنى يمنع المقر له من استيفاء حقه من سائر الورثة، فأوجب له استيفاء جميع حقه ممن لا يمنع الاستيفاء منه مانع. أصل ذلك العدم.

قَالَ مَالِك: وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ عَلَى مِثْلِ مَا شَهِدَتْ بِهِ الْمَرْأَةُ أَنَّ لِفُلانٍ عَلَى أَبِيهِ دَيْنًا، أُحْلِفَ صَاحِبُ الدَّيْنِ مَعَ شَهَادَةِ شَاهِدِهِ، وَأُعْطِيَ الْغَرِيمُ حَقَّهُ كُلَّهُ، وَلَيْسَ هَذَا

بِمَنْزِلَةِ الْمَرْأَةِ؛ لأنَّ الرَّجُلَ تَجُوزُ شَهَادَتُهُ، وَيَكُونُ عَلَى صَاحِبِ الدَّيْنِ مَعَ شَهَادَةِ شَاهِدِهِ أَنْ يَحْلِفَ، وَيَأْخُذَ حَقَّهُ كُلَّهُ، فَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ أَخَذَ مِنْ مِيرَاثِ الَّذِى أَقَرَّ لَهُ قَدْرَ مَا يُصِيبُهُ مِنْ ذَلِكَ الدَّيْنِ؛ لأَنَّهُ أَقَرَّ بِحَقِّهِ، وَأَنْكَرَ الْوَرَثَةُ، وَجَازَ عَلَيْهِ إِقْرَارُهُ.

الشرح: وهذا كما قال أنه إن شهد رجل من الورثة بمثل ما شهدت به المرأة أن لهذا الغريم على ابنه دينًا، وكان الشاهد من أهل العدل، فإن الغريم يحلف مع شهادته، ويستحق جميع الدين الذى شهد له به شاهده.

وإن كان الشاهد إنما أورد ذلك على سبيل الإقرار، فإنه لا ينافى فى الشهادات، ويخالف ذلك المرأة، فإنه لا يحلف المدعى مع شهادتها حتى يكون الاثنان من أهل العدل، فيحلف مع شهادتهما فإن أبى الغريم أن يحلف استحق على المقر له من دينه بقدر حصته من الميراث، ولم يحتج فى استحقاق ذلك إلى يمين، وكذلك لو كان المقر غير عدل لاستحق عليه من دينه بقدر حصته من الميراث، ومن ادعى عليه العلم من الورثة وأنكر ذلك فى حقه، لزمته اليمين إذا لم يرد المدعى أن يحلف مع شاهده، والله أعلم.

* * *

القضاء فى أمهات الأولاد

١٤٠٥ - مَالِك عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: مَا بَالُ رِجَالٍ يَطَئُونَ وَلائِدَهُمْ، ثُمَّ يَعْزِلُوهُنَّ، لا تَأْتِينِى وَلِيدَةٌ يَعْتَرِفُ سَيِّدُهَا أَنْ قَدْ أَلَمَّ بِهَا، إِلا أَلْحَقْتُ بِهِ وَلَدَهَا، فَاعْزِلُوا بَعْدُ أَوِ اتْرُكُوا.

الشرح: قوله: «**ما بال رجال يطئون ولائدهم، ثم يعزلونهن**» على وجه الإنكار لمن فعل ذلك.

وقوله: «**يعزلونهن**» يحتمل معنيين، أحدهما: العزل عنهن، وهو وإن كان غير محرم فى الإماء، فإن غيره أفضل منه لاسيما لمن يريد بذلك أن ينفى عن نفسه ما أتت به من ولد.

١٤٠٥ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ١٣٢/٧، ابن حزم فى المحلى ٣٢٢/١٠، ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٢١، والمغنى برقم ٣٩٨/٧، ٥٢٩/٩.

وقد روى موسى بن معاوية عن ابن القاسم فيمن أقر أنه يطأ جاريته، ويعزل، فإن الولد يلزمه إن لم يدع استبراء.

ووجه ذلك أنه لا يتيقن حقيقة العزل، وقد يغلبه أول الماء أو اليسير منه ولا يشعر به. وقال موسى ابن معاوية عن بن القاسم: ولو قال: كنت أطأ ولا أنزل، لم يلزمه الولد. ووجه ذلك أن عدم الإنزال متيقن، ولا يصح معه ولد.

مسألة: ولو قال: كنت أطأ بين الفخذين، فأنزل، ففى كتاب ابن المواز: يلزمه الولد فى الأمة، ولا يلتعن فى الحرة.

وهذا يحتمل معنيين، أحدهما: أن يريد بذلك قرب الفخذين من الفرج، فإن الماء يصل إليه قبل لا تغير والاستحالة، فيلحق منها الولد، وهذا يبعد عندى؛ لأنه لو جرت العادة بخلق ولد من منى لم ينزل فى الرحم لما لزم من ظهر بها حمل حد؛ لأن من وطئ امرأة بين الفخذين لم يكن عليهما حد، فيصح أن يكون الولد من غير جماع، وهذا باطل باتفاق.

والمعنى الثانى: أن مثل هذا يكثر فيه الوهم والغلط، ولا يكاد يتحققه الواطئ فى بعض الأوقات.

فصل: والمعنى الثانى الذى يحتمله قوله: **«يعزلونهن»** أن يريد باعتزالهن فى الوطء الإزالة لهن عن حكم التسرى على وجه الانتفاء من ولد الأمة دون استبراء، وإنما يجب أن يكون ذلك بعد وجود معنى يصرف الحمل عنه إلى غيره، وبماذا يكون ذلك؟ المشهور من المذهب أن الاستبراء بالحيض. وفى كتاب ابن سحنون عن المغيرة: لا تبرأ منه إلى خمس سنين.

وجه القول الأول أن الاستبراء يبطل حكم الوطء بملك اليمين، وإن لم يكن بعده وطء لغيره كما لو أعتقها أو وهبها لامرأة.

ووجه القول الثانى أن الوطء المباح الذى يلحق به النسب لا يبطل حكمه الحيض دون وطء ينسب إليه الحمل. أصل ذلك الوطء بالنكاح.

فرع: فإذا قلنا إن الاستبراء يبطل حكم الوطء، فالمشهور من مذهب مالك وأصحابه أنه يجزئ من ذلك حيضة واحدة. قال سحنون: وهو الذى ثبت عندنا عن مالك. وروى عبدالملك عن مالك: ثلاث حيض، وإليه رجع المغيرة.

وجه القول الأول أن هذا استبراء وطء بملك اليمين، فأجزأ فى ذلك حيضة واحدة كالاستبراء فى البيع والشراء.

ووجه القول الثانى أن الحيض إذا لم يقترن به انتقال من الملك لضعف، فلا يقع للمرأة منه إلا بثلاث حيض. وأما الحيضة الواحدة، فإنما يقع البراءة بها مع الانتقال إلى ملك، ولذلك تأثير، ألا ترى أن الزوج إذا طلق امرأته فتعتد بثلاثة أقراء وتتزوج بعده، فتأتى بولد لستة أشهر من وقت نكاح الثانى، فلا يلحق بالأول، ولو لم ينتقل إلى ملك زوج آخر، وأتت بولد لتلك المدة وأبعد منها ألحق بالأول.

فرع: وهل يلزمه مع ادعاء الاستبراء يمين؟ قال سحنون: والذى ثبت عندنا عن مالك أن لا يمين عليه. وروى عبدالملك عن مالك أنه يحلف مع ادعائه الاستبراء بثلاث حيض. وقد أنكر ابن المواز ما انفرد به عبدالملك من اليمين. وقد روى ابن مزين عن عيسى: عليه اليمين إذا ادعى الاستبراء.

وجه الرواية الأولى أن الاستبراء معنى يثبت للسيد حكم الانتفاء من الولد، فلم يلزم السيد إثباته باليمين، وكان قوله فيه مقبولا لنفى الواطئ أولا.

ووجه الرواية الثانية أن إقراره بالوطء معنى يلحق به الولد، فلم ينف عنه بيمين فى الزوجة فى الأحرار لما كان عقد النكاح يلحق الولد بالزوج لم ينفه إلا بيمين، وهو اللعان فيه، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: **«لا تأتينى وليدة، يعترف سيدها أن قد ألمَّ بها»** يقتضى أنه لا يلزمه ولدها بكونها فى ملكه ولكن باعترافه أنه قد وطئها، وهو معنى إلمامه بها، فإذا اعترف السيد بوطء الأمة، وثبت ذلك من اعترافه صارت الأمة فراشًا له، ولزمه كل ولد أتت به إلا أن يقول قد استبرئت بعد الوطء على ما تقدم.

مسألة: فإن ادعى عليه الإقرار بالوطء أو بالولد، وأنكر ذلك، فقد قال أشهب: لا يمين عليه فى شىء من ذلك، كان الولد حيًّا أو ميتًا أو سقطًا.

ووجه ذلك أن الأيمان فى نفى النسب لا تتعلق بمجرد الدعوى، وكذلك كل يمين يتعلق بها حكم فى جنسين، فلا يجب بمجرد الدعوى كالطلاق والعتق.

مسألة: فإن شهد بإقراره بالوطء شاهد، ففى كتاب ابن المواز: يلزمه اليمين، وفى غيره إذا قام شاهد على إقراره بالوطء، وشهادة امرأة بالولادة، فلا يمين عليه، وقد قيل

يلزمه اليمين، قال: وإنما تجب اليمين إذا شهدت امرأتان بالولادة، وشاهد على إقراره بالوطء أو امرأة على الولادة، وشاهدان على إقراره بالوطء.

وجه رواية ابن المواز أن هذا معنى يقتضى نفى الاسترقاق، فإذا شهد به شاهد لزمت السيد اليمين على نفيه كالعتق.

ووجه الرواية الثانية أن هاهنا فصلين، أحدهما: الإقرار بالوطء، والثانى: الولادة، ولم يثبت أحدهما، ولو أقر بأحدهما، ونفى الآخر لم يثبت به النسب، فلذلك لم يلزم لضعف البينتين.

مسألة: وإن لم ينكر الوطء، ولكنه أنكر الولد؛ لأنه قال: وجدت معها رجلاً وصدقته أو ثبت الزنا بأربعة شهداء، فلا ينفى الولد بذلك وإن كان يعزل عنها حتى يدعى الاستبراء، حكاه ابن المواز.

ووجه ذلك أن وطء الزنا لا يلحق به نسب، فلم يكن له حكم الوطء، وكان الوطء الذى يلحق به النسب وهو وطء السيد أولى بالولد كما لو انفرد.

فصل: وقوله: «**لا تأتينى وليدة، يعترف سيدها أن قد ألمَّ بها إلا ألحقت به ولدها**» يريد رضى الله عنه ألحقت بالسيد المقر بالوطء، ومعنى ذلك إن أتت به لمدة الحمل من وقت الوطء إلى وقت الاستبراء. قال سحنون: أجمع أصحابنا أنه إذا أقر بوطء أمة، لزمه ما أتت به، ولو إلى أقصى حمل النساء إلا أن يدعى استبراء لم يمس بعده، فلا يلزمه ما أتت بعد الاستبراء إلا أن تأتى به لأقل من ستة أشهر، لم يلزمه.

ووجه ذلك أن استبراء السيد منع إلحاق النسب به، فلا يلحق به بعده إلا ولد يتيقن أنه قد وجد قبل الاستبراء، وذلك أن يأتى لأقل من ستة أشهر لم يلحق به.

فصل: وقوله: «**فاعتزلوا بعد أو اتركوا**» إعلام لهم بأن ما يأتون به بعد من العزل لا منفعة لهم فيه، ولا ينتفى بذلك ولد عنهم، ولم يرد بذلك التخيير لهم بين الفعل أو الترك، وإنما أراد به ما قدمناه.

١٤٠٦ - مَالِك عَنْ نَافِعٍ، عَنْ صَفِيَّةَ بِنْتِ أَبِي عُبَيْدٍ أَنَّهَا أَخْبَرَتْهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: مَا بَالُ رِجَالٍ يَطَئُونَ وَلائِدَهُمْ، ثُمَّ يَدَعُوهُنَّ يَخْرُجْنَ، لا تَأْتِينِي وَلِيدَةٌ يَعْتَرِفُ سَيِّدُهَا أَنْ قَدْ أَلَمَّ بِهَا إِلا قَدْ أَلْحَقْتُ بِهِ وَلَدَهَا، فَأَرْسِلُوهُنَّ بَعْدُ أَوْ أَمْسِكُوهُنَّ.

١٤٠٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٢٢.

الشرح: قوله: «**ما بال رجال يطئون ولائدهن، ثم يدعونهن بعد يخرجـن**» يحتمـل أن يريد به الخروج والتصرف فى الخدمة التى لا تتصرف فى مثلهـا السـرارى تحفظًـا بهـن، فإن من تسرى بأمة منعها الخروج جملة أو منعها منه مما يتقى عليها فيه من التصرف فـى المواضع المخوفة التى لا يؤمن عليها فيها.

وفى كتاب ابن سحنون عن مـالك فيمـن يطأ الجاريـة ثـم يرسـلها إلى السـوق فـى حوائجه، لا بأس بذلك، والمرأة الحرة تخرج لحاجتهـا، ومعنـى ذلـك الخـروج المعتـاد إلى السوق والمواضع المأمونة التى فيها جماعة الناس، فلا يمكن الانفراد بها، ولا مخادعتها.

وذكر ابن حبيب أن ابن عمر كان إذا وطئ أمة جعلهـا عنـد صفيـة بنـت أبـى عبيـد حتى يظهر بها حمل أو تحيض، يحتمل أن تكون هذه الأمة قبل ذلك ممن لا تساكن أهلـه بل تتصرف بالتكسب للصنائع والعمل أو تكون مع جملة إمائه فـى غـير دار سـكناه مـع زوجه صفية.

فإذا وطئها ضمها إلى دار زوجـه صفيـة المذكـورة لأنهـا أحصـن لهـن، وأمكـن مـن التحفظ بهن، ويحتمل أن تكون قبل ذلك ممن تدخل وتخرج، فـإن وطئهـا منعهـا ذلـك، ولزمت هذه الدار التى يمكن فيها منعها من التصرف حتى يتيقن ما هى عليه من حمل أو براءة رحم بحيض، فعلى هذا التأويل الثانى يحتمل أن يريد عمر: ثـم يدعونهـن يخرجـن، المنع من الخروج جملة.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: الأَمْرُ عِنْدَنَا فِي أُمِّ الْوَلَدِ إِذَا جَنَتْ جِنَايَةً، ضَمِـنَ سَيِّدُهَا مَا بَيْنَهَـا وَبَيْـنَ قِيمَتِهَـا، وَلَيْـسَ لَـهُ أَنْ يُسَـلِّمَهَا، وَلَيْـسَ عَلَيْـهِ أَنْ يَحْمِـلَ مِـنْ جِنَايَتِهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا.

الشرح: وهذا كما قال أن أم الولـد إذا جنـت ضمـن سـيدها الجنايـة، وليـس لـه أن يسلمها؛ لأنه ليس له أن يخرجها عن ملكه بتسليم فـى جنايـة ولا بيـع ولا معاوضـة ولا هبة ولا غيرها إلا بالعتق الـذى يسـقط مـا بقـى لـه فيهـا مـن الاسـتمتاع والمنفعـة دون التصرف فى رقبتها.

وفى هذا خمسة أبواب، أحدها: فى ماذا تصير الأمة به أم ولـد. والثـانى: فـى أنـه لا يجوز أن يملكها غيره. والثالث: فى حكم ما بقـى لـه مـن المنفعـة والتصـرف فيهـا وفـى ولدها. الرابع: فى حكم ما لها فى جناية. والباب الخامس: فى حكمهـا وحكـم ولدهـا وحكم ما لها إذا توفى.

الباب الأول: فيماذا تصير الأمة به أم ولد

فى كتاب ابن سحنون عن ابن وهب عن مالك، وفى كتاب ابن حبيب عن مطرف عن مالك: تكون أم ولد بكل ما أسقطته إذا علم أنه مخلق، وفيه تجب الغرة، وهذا أحد قولى الشافعى.

وقال أشهب: إذا طرحت دمًا مجتمعًا أو غير مجتمع، فلا تكون به أم ولد، فإذا صار علقة خرج من حد النطفة والدم المجتمع، وهو أحد قولى الشافعى. وقال ابن القاسم فى المدونة وغيرها: وإن لم يتبين شىء من خلقه، اتفق النساء أنه ولد، مضغة كان أو علقة أو دمًا.

وجه القول الأول ما رواه ابن وهب عن مالك أنه لا يحكم بما يرخيه الرحم بأنه ولد إلا إذا ظهر خلقه وصورته، وهو الذى اختار الطبرى أن يكون معنى مخلقة: مصورة، وإليه ذهب الشافعى.

وأما الدماء فقد ترخيها حيضًا وغيره، فلا يكون ذلك دليلاً على الولد، وقد قيل ذلك فى قوله تعالى: ﴿**مخلقة وغير مخلقة**﴾ فيكون مخلقة وغير مخلقة من نعت الصورة.

وروى عن ابن مسعود سمعت رسول الله ﷺ يقول، وهو الصادق المصدق: «يجمع خلق أحدكم فى بطن أمه أربعين يومًا، ثم يكون علقة أربعين يومًا، ثم يكون مضغة أربعين يومًا، ثم يبعث الله ملكًا، فيقول: أكتب عمله وأجله ورزقه وشقى أو سعيد»(*).

وقال ابن عمر: إذا وقعت النطفة فى الرحم بعث الله ملكًا، فيقول: يارب مخلقة أو غير مخلقة، فإن قال: غير مخلقة مجتها الأرحام دمًا، وإن قال: مخلقة، قال: يارب ما صفة هذه النطفة أذكر أم أنثى، ما رزقها، وما أجلها، فعلى هذا المخلقة من صفة النطفة، فما كان مما ترخيه الأرحام مما لم يخلق بعد، وليس بولد، فلا تكون به أم ولد.

ووجه قول أشهب أن الدماء قد ترخيها الأرحام، ولا يكون ولدًا كالحيض والاستحاضة، فلا يكون شىء من ذلك ولدًا، وإنما يكون الولد المضغة لأنه لا يبلغ هذا الحد إلا بما يكون ولدًا.

ووجه قول ابن القاسم أنه قد يعرفه النساء بكثرته وأحواله، فإذا كان يعرف تثبت به حرمة أم الولد كالمضغة.

(*) أخرجه مسلم حديث رقم ٢٦٤٣. الترمذى حديث رقم ٢١٣٧. ابن ماجه حديث رقم ٧٦. أحمد فى المسند حديث رقم ٣٦١٧.

مسألة: ولو أقر بالوطء السيد، وقال لها: لم تلدى هذا الولد، ففى كتاب ابن المواز، قال مالك: هذا لا يخفى على الجيران، وقال مرة أخرى: وهى مصدقة.

وقال فى موضع آخر: هو بها لاحق، وإن لم يعرف الجيران منها حملاً ولا ولادة ولا طلقًا إذا كان معها الولد، وإن لم يكن معها ولد، فقالت: أسقطت أو ولدت، فلا تصدق إلا بامرأتين عادلتين على الولادة، ولا يلزمه بواحدة إلا اليمين عند أشهب.

الباب الثانى: فى أنه لا يجوز أن يملكها غيره ببيع ولا هبة ولا غيرها

هو مذهب مالك وأبى حنيفة والشافعى وجماعة الفقهاء من الصحابة والتابعين، وقد تقدم فى تفسير حديث أبى سعيد الخدرى فى غزوة بنى المصطلق من الدليل على ذلك من جهة السنة ما يغنى عن إعادته.

والدليل على ذلك إجماع الصحابة. روى الشعبى عن عبيدة السلمانى قال: خطبنا على بن أبى طالب، فقال: رأى أبو بكر رأيًا ورأى عمر رأيًا عتق أمهات الأولاد حتى مضيا لسبيلهما، ثم رأى عثمان ذلك ثم رأيت أنا بعد بيعهن فى الدين. فقال عبيدة: فقلت لعلى: رأيك ورأى أبى بكر وعمر وعثمان فى الجماعة أحب إلينا من رأيك بانفرادك فى الفرقة، فقبل منى وصدقنى.

فوجه الدليل أنه أخبره أن رأى أبى بكر وعمر وعثمان بالمنع من بيعهن كان فى وقت جماعة، ولم يخالفوا فيه فثبت أنه إجماع. ووجه آخر أنه قال: رأيى فى بيعهن فى الدين خاصة، فهذا يقتضى انفراده بهذا القول ثم صدقه، وقبل منه فى إثبات القول الأول، فتجدد بذلك الإجماع أيضًا فى زمن على رضى الله عنه، وبه قال سحنون.

ولما كشف عن أمرهن عبدالملك أخبره ابن شهاب أن المسور قال: إن النبى ﷺ قال: «لا يبعن فى دين ولا يعتقن من ثلث».

وفيه غضب سعيد على الزهرى حين حدث بحديثه عبدالملك. وقال مالك: إنه حدثه ابن المسيب قال: إن عمر أعتقهن.

ومن جهة المعنى أن الأمة إذا حملت حرم بيعها لأجل الجنين الذى هو فى حكم عضو من أعضائها، ولذلك لا يجوز أن يفرد بالبيع دونها، ولا تفرد بالبيع دونه، فسرى إليها حكم الحرية كما كان يسرى من تعليق العتق على عضو من أعضائها.

ودليل آخر من جهة القياس أنها حملت بحر فمنع ذلك بيعها. أصله إذا أراد بيعها، وهى حامل.

مسألة: وسواء كان عليه دين يحيط بماله أو دين عليه فى ثبوت هذا الحكم لها، وهذا إذا كان السيد حرًا مسلمًا، فإن كان غير حر، ففى كتاب ابن المواز: قال محمد: وأحب إلىّ فى ذلك فى أم الولد المكاتب والمدبر، إن عتق وهى فى ملكه أن تكون به أم ولد، وإن لم يكن لها الآن ولد، كان ما تقدم لها سقط أو ولد.

وذكر ابن سحنون عن أبيه وعن كبار أصحاب مالك مثل ذلك فى المكاتب دون المدبر، قال: والفرق بينهما أن للسيد انتزاع أم ولد المدبر عند مالك، وإن لم تكن حاملاً يريدون المدبر، وليس ذلك له فى المكاتب، وأيضًا فليس للمكاتب بيعها بإذن السيد، إلا أن يخاف العجز وللمدبر بيعها بإذن السيد.

وقال أشهب وعبدالملك: لا تكون أم ولد بما ولدت بعد عقد التدبير والكتابة والعتق المؤجل، وإن ولدته بعد تمام الحرية فى الأب إلا أن للولد حكم الأب.

وقال القاضى أبو محمد: فى أم الولد المكاتب خلاف؛ لأنه قد أجاز للمكاتب بيعها من غير دين. وهذا يدل على أنها لا حرية لها بالاستيلاد. وقول آخر، أنه ليس له بيعها إلا أن يرهقه دين.

قال: فوجه الرواية الأولى أن حرمتها ضعيفة لضعف حرمة سيدها؛ لأنه يعتق بالأداء ويرق بالعجز، فلذلك لم يثبت لها حرمة الاستيلاد، وجاز له بيعها.

ووجه الرواية الثانية أنه قد ثبت لسيدها حرمة العتق بالكتابة.

قال القاضى أبو الوليد، رحمة الله: وجه الرواية الأولى عندى أن ملك سيدها لم يكمل، فلم تحصل أم ولد باستيلادها فى تلك الحال كالأمة للعبد القن.

ووجه الرواية الثانية أن سيد المكاتب ممنوع من ماله لعقد عتقه لأم ولده حرمة الاستيلاد كالعتق المبتل.

مسألة: وأما أم الولد المدبر، فقد تقدم اختلاف أصحاب مالك فيها. وقال القاضى أبو محمد: فيها عن مالك روايتان، إحداهما: ثبوت الحرمة لها. والثانية: نفيها عنها.

ووجه ثبوتها أنه بيع لابنه فى عقد العتق الذى يثبت له، فوجب أن لا يثبت لأمه به الحرمة كولد المكاتب.

ووجه الرواية الثانية أن أباه لم يثبت له من العتق ما يمنع به سيده من ماله، فلم يثبت لأمه به حرمة الاستيلاد، كذلك العبد القن.

فرع: قال القاضي أبو محمد: فإذا قلنا تثبت لها حرمة الاستيلاد لم يكن لسيده انتزاعها منه، حاملاً كانت أو غير حامل، فإذا نفينا عنها حرمة الاستيلاد، فإن للسيد انتزاعها قولاً واحدًا؛ لأن الولد داخل فى تدبير أبيه، ومثل هذا يتوجه من الخلاف فى أم ولد المعتق إلى أجل لأن محمدًا قال: إن قول مالك قد اختلف فى انتزاع أم ولده منه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنما تكون أم ولد بما تلده لأكثر من ستة أشهر من يوم عقد التدبير أو الكتابة أو العتق المؤجل، فإن ولدته لأقل من ذلك لم تكن به أم ولد، قاله ابن المواز. وقال فى موضع آخر: إلا أن يملك المكاتب ما فى بطن أمته الحامل فى الكتابة، فإنها تكون به أم ولد.

وقال أشهب وعبدالملك: إنما تكون أم ولد بما تلده لستة أشهر من يوم عتق أمه، ولا تكون أم ولد بما تلده لأقل من ذلك، قالا: لأن الولد لم يملكه الأب، وقد جرى منه فيه لغيره حرية، فلا تكون به أم ولد بل تعتق على غير الأب.

مسألة: وإنما تكون أم ولد إذا حملت بملك اليمين، فإذا حملت بنكاح أو ولدت بنكاح، فلا تكون بذلك أم ولد. وقال أبو حنيفة: إن اشتراها الزوج بعد أن ولدت، فإنها تكون به أم ولد.

والدليل على ذلك أنه سبب عتق لم يحصل لها بالولادة، فلم يحصل لها بالشراء كعقد الكتابة والتدبير.

مسألة: وأما إذا حملت بنكاح وولدت فى ملك اليمين كالرجل يتزوج الأمة، فتحمل منه ثم يشتريها، وهى حامل، فلا يخلو أن تكون الأمة لأبيه أو لغيره.

فإن كانت لأبيه لم تكن به أم ولد؛ لأنه قد أعتق على جده، ولم يملكه أبوه. وقد قال محمد فيمن اشترى زوجته، بعد أن أعتق السيد ما فى بطنها: إن شراءه جائز، وتكون بما تضع أم ولد؛ لأنه إنما أعتق ابنه بالشراء، ولم يصبه عتق السيد إذ لا يتم عتقه إلا بالوضع؛ لأنه يباع عليه فى فلسه ويبيعه ورثته قبل الوضع إن شاءوا، وإن لم يكن عليه دين والثلث يحملها، ولو ضربها رجل فألقت جنينها، فإنما فيه ما فى جنين أمة، ولو كان بعد أن اشتراها الزوج فإنما فيه جنين حرة.

مسألة: فإن كانت لغير أبيه، فإنها تكون أم ولد؛ لأنه قد ملك ابنه، فعتق عليه، فهذا قد حملت به أمه فى النكاح ووضعته فى ملك اليمين. وقال الشافعى: لا تكون به أم ولد.

والدليل على ما نقوله ما تقدم من أنها وضعته فى ملك اليمين، فكانت به أم ولد كما لو حملت به فى ملك اليمين.

الباب الثالث: فى حكم ما بقى له من التصرف والمنفعة فيها وفى ولدها

وذلك أن السيد بقى له فى أم ولده الاستمتاع. وروى ابن المواز عن ابن القاسم: ليس للرجل فى أم ولده أن يعنتها فى الخدمة، وإن كانت دنيئة وتبتذل فى الحوائج الخفيفة مما لا تبتذل فيه الرفيعة.

وقال القاضى أبو محمد: استخدامها فيما يقرب ولا يشق. وقال أبو حنيفة والشافعى: له فيها الخدمة والاستمتاع.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهو الأظهر عندى لأنه المقصود من ملكها، وهى باقية على حكم ذلك الملك، وإنما منع من تمليكها غيره.

ووجه آخر، وهو أنه لا خلاف أن للسيد استخدام ولد أم الولد وحكمهم حكمها، لأن كل ذات رحم، فولدها بمنزلتها فى الرق والحرية، فعلى هذا يكون له استخدام الأم.

ووجه ما تعلق به مالك وأصحابه فى نفى استخدامها أنها ممنوعة من بيعه لها، ولا تعتق فى ثلثه، فلم يكن له استخدامها كالحرة.

مسألة: وهل له أن يجبرها على النكاح أم لا؟ كره مالك أن يزوج الرجل أم ولده. قال الشيخ أبو بكر: إنما كره مالك أن يزوج الرجل أم ولده؛ لأنه ليس له فيها إلا الاستمتاع دون سائر المنافع، فكره له أن يزوجها، وإن رضيت.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: ومعنى ذلك عندى أنه شبهها بالزوجة التى ليس له فيها إلا الاستمتاع، ولا يجوز لها أن تتزوج مع بقاء ذلك السبب. قال ابن حبيب: يكره له أن يزوجها إلا أن يخاف عليها، وبهذا أخذ جميع أصحاب مالك.

فرع: فإن زوجها، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: لا أفسخه. وقال الشافعى فى أحد أقواله: لا يجوز له أن يزوجها.

والدليل على ما نقوله أنه ولى لها، فجاز إنكاحه لها كما لو نفذ عتقها وكمل.

مسألة: واختلف قول مالك فى إجبارها على النكاح، وقد قال ابن حبيب فى واضحته: له أن يكره أم ولده على النكاح. واختلف فيه قول مالك، وثبت على أنه لا يزوجها إلا برضاها.

وجه القول الأول أنها أمة يملك الاستمتاع بها بملك اليمين، فملك إجبارها على النكاح كالأمة القن.

ووجه القول الثانى أنها ثبت لها سبب حرية يمنعه رهنها وإجارتها، فوجب أن يمنعه إجبارها على النكاح كالمكاتبة. وقد قال الشافعى بالقولين جميعًا.

مسألة: وعلى السيد الإنفاق على أم الولد، فإن أعسر، فهل تعتق عليه للإعسار بالنفقة أم لا؟ وفى كتاب الرق: لا تعتق عليه، وبه قال جماعة من القرويين. وقال أبو بكر بن اللباد: سألت عنها يحيى بن عمرو، وقلت له: تعمل وتنفق على نفسها. قال لى: إن لم يكن فى نفقتها ما يكفيها. قال يحيى بن عمر: أرى أن تعتق. قال أبو بكر: وكذا قال أشهب، ورواه عنه الأندلسيون. وقال أبو بكر بن عبدالرحمن: تعتق عليه إذا أعسر بالنفقة أو غاب، ولم يترك مالا ينفق له عليها.

وجه القول الأول ما احتج به القرويون أنها تتوصل إلى تحصيل نفقتها مع إبقائها على ملكه بأن تزوج ممن ينفق عليها، وبهذا فارقت الزوجة فإنها لا تتوصل إلى تحصيل النفقة بالنكاح مع بقائها على ملكه.

ووجه القول الثانى أنها بقيت على الرق، فجاز أن يزول ملكه عنها بالإعسار كالأمة، وأيضًا، فإنه ليس له فيها غير الاستمتاع كالزوجة.

فرع: ولو غاب عنها سيدها، فلم يترك ما ينفق عليها، فقد قال أبو بكر بن عبدالرحمن: تعتق عليه، ولا يزوجها الحاكم؛ لأن زواجها مكروه، ولا يؤمر به السيد، فكيف يؤمر به الحاكم. وقال غيره من القرويين: تزوج عليه إن كان غائبًا، ويزوجها هو إن كان حاضرًا، وعجز عن الإنفاق عليها، والله أعلم وأحكم.

الباب الرابع: فى حكم مالها فى حياته

فإن للسيد أن يأخذ مالها ما لم يمرض؛ لأنها باقية على ملكه بقاء تستحق به النفقة، ويبيح له الاستمتاع بها، فكان له انتزاع مالها. أصل ذلك الأمة حال الرق، وليس له انتزاع مالها إذا مرض على ما فى المدونة.

وقال القاضى أبو محمد: إذا اشتد مرضه لم يكن له انتزاعه كما ليس له إخراج ماله فى المرض المخوف إبقاء على ورثته لقرب وقت استحقاقهم له كالمعتق إلى أجل لسيده أن ينتزع ماله ما لم يقرب الأجل.

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: ووجه ذلك عندى أن من تقرر ملكه على مال بموت إنسان، فإنه لا يملك انتزاعه منه فى مرضه كالوارث.

مسألة: وإن أفلس السيد، ففى المدونة ليس لغرمائه أخذ مال أم ولده، ولا أن يجبروا السيد على ذلك، وللسيد أن يأخذه لنفسه أو لقضاء دينه.

ووجه ذلك أن انتزاع مال أم الولد بملك لما يملكه باختياره ليقضى به دينه، وذلك مما لا يجبر عليه السيد كقبول الهبة والوصية.

الباب الخامس: فى حكمها وحكم مالها بعد موته

أما حكمها بعد موته، فإنها تعتق بموته من رأس ماله، وإن كان عليه دين يحيط بماله، فإنها حرة، وهذا إذا كانت ولادتها قبل وفاته. فأما إذا توفى وهى حامل، ففى العتبية عن أشهب عن مالك، وفى الواضحة عن مطرف: أنه إن كان الحمل بينًا، فقد تمت حرمتها فى الشهادة والموارثة والقصاص، وغير ذلك قيل له: قد يظهر البطن، ويقول النساء: هو حمل ثم ينفش، فقال: إذا ظهر واستوفى تمت حريتها قبل أن تضع. رواه ابن القاسم عن مالك. وقيل عن المغيرة: توقف أحكامها.

وجه القول الأول أن الموجب إكمال حريتها بتيقن الحمل بها مع موت السيد، وقد وجد، فوجب أن يحكم بكمال حرمتها، ولا يمنع من ذلك ما يجوز من انفشاشه كالحيض يحكم بظهوره على وجه العدة أو الاستبراء بانتفاء الحمل، وإن كان يجوز وجود الحمل مع وجود الحيض وتكرره.

ووجه القول الثانى ما تعلق به من أن الحمل قد يظهر ثم ينفش، فلا يكون له حكم الحمل إلا بالولادة أو الإسقاط، فيجب أن توقف أحكامها حتى يوجد أحدهما أو يعدم.

مسألة: فإذا توفى السيد، فمال أم الولد تبع لها؛ لأن كل معتق يتبعه ماله؛ لأنه خارج من ملك إلى غير ملك فيتبعه ماله كالعبد يعتقه سيده.

وأما ما كان لها من حلى أو متاع، ففى العتبية من سماع ابن القاسم: أنه لها الأمر المستنكر، وكذلك ما كان لها من ثياب إذا عرف أنها كانت تلبسها وتستمتع بها فى حياة السيد، وإن لم يكن لها بينة على أصل العطية.

ومعنى ذلك عندى أن ما كان فى ابتذالها ولبسها، فهو الذى يكون لها منه ما لا

يستنكر؛ لأن ظاهر لبسها له وابتذالها يقتضى أنه عن ملك. وأما ما يستنكر مثله مما يعلم أنه يقصد به الهبة، وإنما يقصد به أن تلبسه وتتجمل له، فإن عرف أن السيد قد وهبه أو غيره أو ملكته بأى وجه، فإنه يكون لها ما كان.

وقال أشهب عن مالك فى العتبية: ما أعطاها سيدها من حلى وثياب، فذلك لها إذا مات وما أودعها من متاع البيت كلفت البينة، وإن كان ذلك من متاع النساء بخلاف الحرة.

وأما الفراش والحلى واللحاف والثياب التى على ظهرها، فذلك لها، يريد ما يعلم أنها تستغنى عنه فى لباسها وابتذالها، فذلك لها دون بينة، ولا يكون لها غير ذلك من متاع البيت إلا ببينة، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**إذا جنت ضمن سيدها ما بينها وبين قيمتها**» الضمير فى قوله: «بينها» راجع إلى الجناية، وفى قوله: «قيمتها» راجع إلى أم الولد الجانية، يريد أنه يلزمه أن يفتديها بالأقل من أرش جنايتها أو قيمتها؛ لأنه لما لم يكن له أن يملكها غيره، لم يكن له أن يسلمها، ولو كانت أمة لكان له أن يفتديها بأرش الجناية أو يسلمها بقيمتها لأنها بدل منها عند تعذر إسلامها.

فرع: واختلف أصحاب مالك فى تقويمها، فقال أشهب فى الموازية: خالفنى ابن القاسم والمغيرة فى أم الولد وإنما عليه قيمتها يوم جنت، فرجع ابن القاسم وتمادى المغيرة وإنما عليه قيمتها يوم الحكم.

فرع: فإذا قلنا إنها تقوم، فهل تقوم بمالها أو بغير مالها، قال ابن المواز عن أشهب عن مالك: تقوم بغير مالها. ورواه ابن عبدوس عن ابن القاسم وأشهب عن مالك. وروى البرقى عن أشهب عن مالك: تقوم بغير مالها. وأنا أرى أن تقوم بمالها، وبه قال المغيرة وعبدالملك.

وجه القول الأول أن الأمة الجانية إذا لم تسلم ليملكها المجنى عليه لم يكن للجناية بها تعلق بمالها، ألا ترى أنه لو قتل عبد فاقتص منه، فإن ماله يبقى لسيده، ولا خلاف فى ذلك فى قول أصحابنا.

ولو عفا عن قتله وأسلمه ليملك، فقد اختلف فيه قول ابن القاسم، فمرة قال: تبعه ماله، وبه قال عبدالملك وأشهب، ومرة قال: لا يكون ماله تبعًا له، فلما كانت أم الولد إذا جنت لم تسلم، لم تتعلق الجناية بما لها.

ووجه القول الثانى ما احتج به المغيرة وعبدالملك أنها لو كانت حية لقومت أمة فأسلمت، لأسلمت بمالها، فكذلك إذا قومت وجب أن تقوم بمالها.

مسألة: ولو ماتت أم الولد بعد أن جنت، فتركت مالا، ففى المجموعة عن ابن القاسم: لا شيء للمجروح من مالها لأنها لو كانت حية لقومت بغير مالها. وقال عبدالملك: إن كان مالها عبدًا أدى منه الأرش، فإن لم يف لم يكن له غيره، وإن كان عرضًا، خير سيدها فى فدائه أو إسلامه، وكل واحد منهما يبنى على أصله، فإن ابن القاسم يقول: تقوم بغير مالها، فلا تتعلق عنده الجناية بمالها. وابن الماجشون يقول: تقوم بمالها، فإن الجناية متعلقة بمالها، فإن عدمت أم الولد، فقد بقى مالها والجناية متعلقة به.

فصل: وقوله: «**ليس له أن يسلمها**» يريد أنه ليس له أن يمنع من فدائها ويرضى بإسلامها كما يفعل ذلك فى الأمة، بل يجبر على أن يفتديها على الوجه الذى قدمنا؛ لأن فى إسلامها تمليكًا لها، وذلك ممنوع كالبيع والهبة.

فصل: وقوله: «**وليس عليه أن يتحمل من جنايتها أكثر من قيمتها**» يريد إن كانت قيمة جناية أم الولد أكثر من قيمتها، لم يلزمه إلا قيمة أم الولد، دون ما زاد على ذلك من قيمة الجناية، وهذا إذا كانت جناية واحدة، فإن تكررت جناياتها، فإن تعقب كل جناية الحكم فيها بحكم الثانية وما بعدها حكم الأولى على ما قدمناه.

وإن جنت جنايات قبل القيام عليها، ثم قام المجنى عليهم، ففى المدنية من رواية محمد عن مالك: ليس عليه إلا قيمتها لجميع الجناية، وإن كان أرشها مثل قيمة أم الولد عشر مرات.

ووجه ذلك أن الحكم فيها لما كان حكمًا واحدًا كان حكم جناياتها حكم جناية واحدة، ألا ترى أن الأمة لو جنت جنايات لم يكن على سيدها إلا أن يسلمها، وبهذا قال أبو حنيفة، وهذا أحد قولى الشافعى، وله قول آخر: ليس عليه فى كل جناية تجنيها إلا قيمة واحدة.

فإن جنت جناية أكثر من قيمتها أدى القيمة، ثم إن جنت أخرى تشارك الأول والثانى فى القيمة الأولى، فرجع الثانى على الأول فى حصته منها، وكذلك ما جنت.

والدليل على ما نقوله أن ما قاله يقتضى أن المجنى عليه لا يملك الأرش أبدًا لأنها كلما جنت رجع عليه فيما أخذ وهى فى غير ملكه والعبد إذا جنى جناية ثانية لم يتحمل المجنى أولا جناية كالعبد القن.

مسألة: وليس على العاقلة شيء من جناية أم الولد لأنها أمة ولا تحمل العاقلة إلا جناية الأحرار. وقال أبو يوسف: إن لم يفتدها السيد أعتقناها عليه، وجعلت دية قتيلها على عاقلتها، وهذا غير صحيح، وإنما يعتبر تحمل العاقلة عنها بحالها يوم جنايتها، وهى يوم جنايتها أمة، ولقد أجمعنا على أن الأمة لو قتلت خطأ ثم أعتقت لم تتحمل العاقلة ديتها.

مسألة: ولا يرجع على أم الولد إذا أعتقت بشيء من جنايتها، وذلك إذا أقيم عليها بعد الجناية، فحكم على السيد بالقيمة، وهى أقل من أرش الجناية، فلا يرجع عليها بشيء؛ لأن جنايتها إنما تعلقت بعينها دون ذمتها.

وأما إذا جنت جناية، فقبل أن يقوم المجنى عليه، توفى سيدها، فعتقت بموته، ولها مال، قال ابن كنانة فى المدنية: وإن كان لها مال ولا مال للسيد، لم يؤخذ منها شيء قد وجب على السيد، ولم يبين هل قيم على السيد أم لا.

* * *

القضاء فى عمارة الموات

١٤٠٧ - يَحْيَى عَنْ مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً، فَهِيَ لَهُ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»(١).

١٤٠٧ - أخرجه البخارى ٢١٤/٣ كتاب المزارعة باب من أحيا أرضا ميتة، عن عمر. والترمذى برقم ١٣٧٨ جـ٦٥٣/٣ كتاب الأحكام، عن سعيد بن زيد. وأبو داود جـ١٧٥/٣ كتاب الخراج باب ٣٧ برقم ٣٠٧٣، عن سعيد بن زيد. وأحمد ٣٣٨/٣، عن جابر. والبيهقى فى الكبرى ١٤٣/٦، عن هشام، عن أبيه. والبغوى بشرح السنة ٢٣٠/٨، عن هشام بن عروة، عن أبيه. والطبرانى فى الكبير ١٤/١٧، عن عبد الله المزنى، عن أبيه، عن جده.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٠٦/٨: وهذا الحديث مرسل عند جماعة الرواة عن مالك، لا يختلفون فى ذلك، واختلف فيه على هشام: فروته عن طائفة، عن أبيه مرسلا - كما رواه مالك، وهو أصح ما قيل فيه - إن شاء الله. ورواته طائفة، عن هشام، عن أبيه، عن سعيد بن زيد. ورواته طائفة، عن هشام، عن وهب بن كيسان، عن جابر. ورواته طائفة، عن هشام، عن عبيدالله ابن عبدالرحمن بن رافع، عن جابر. وبعضهم يقول فيه، عن هشام، عن عبيدالله بن أبى رافع، عن جابر - وفيه اختلاف كثير.

ذكر عبدالرزاق، عن معمر، عن هشام بن عروة، قال: خاصم رجل إلى عمر بن عبدالعزيز فى أرض حازها فقال عمر: من أحيا من ميت الأرض شيئا فهو له، فقال له عروة: قال رسول الله=

.. ..

=ﷺ: «من أحيا شيئا من ميت الأرض فهو له، وليس لعرق ظالم حق». والعرق الظالم: أن ينطلق الرجل إلى أرض غيره فيغرسها.

وحدثنا عبدالله بن محمد، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا عبدالوهاب، قال: حدثنا أيوب، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن سعيد بن زيد، عن النبى ﷺ قال: من أحيا أرضا ميتة فهى له، وليس لعرق ظالم حق.

ولعروة، عن سعيد بن زيد حديث آخر أيضا فى أبيه زيد بن عمرو بن نفيل أنه يبعث أمة وحده.

حدثنا محمد بن إبراهيم، وأحمد بن قاسم، قالا: حدثنا محمد بن معاوية، قال: حدثنا يحيى بن سلمان المروزى، قال: حدثنا خلف بن هشام، عن حماد بن زيد، عن هشام بن عروة، عن وهب ابن كيسان، عن جابر أن النبى ﷺ قال: «من أحيا أرضا ميتة فهى له، وما أكلت العافية فهو له صدقة».

وحدثنا عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا عبدالله بن عمرو بن محمد العثمانى بالمدينة، قال: حدثنى أبى، قال: حدثنا عبدالله بن نافع بن ثابت الزبيرى، عن عبدالله بن محمد بن يحيى بن عروة، عن هشام بن عروة، عن عبيدالله بن أبى رافع الأنصارى، أنه أخبره عن جابر بن عبدالله، أن رسول الله ﷺ قال: «من أحيا أرضا ميتة فله فيها أجر، وما أكلت العافية منها فهو له صدقة».

وأخبرنا عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا ابن وضاح، قال: حدثنا أبو بكر بن أبى شيبة، قال: حدثنا وكيع، عن هشام بن عروة، عن أبى رافع، عن جابر، قال: قال رسول الله ﷺ: «من أحيا أرضا ميتة فله فيها أجر وما أكلت العافية كان له فيها صدقة».

قال أبو عمر: ليس فى حديث جابر هذا «فهى له» وإنما فيه «فله فيها أجر»، وهما عندى حديثان عند هشام، أحدهما، عن أبيه، والآخر عن عبيدالله بن أبى رافع، ولفظهما مختلف، فهما حديثان - والله أعلم.

وأما لفظ حديث سعيد بن زيد، فعلى لفظ حديث مالك، وهو لهشام، عن أبيه. وقد روى هذا الخبر يحيى بن عروة، عن أبيه - مثله عن رجل لم يسمه من الصحابة فصار الحديث مسندا من هذه الرواية أيضا وفيه زيادة هى تفسير لمعنى الحديث - إن شاء الله.

أخبرنا عبدالله بن محمد، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا هناد بن السرى، قال: حدثنا عبدة، عن محمد بن إسحاق، عن يحيى بن عروة بن الزبير، عن أبيه - أن رسول الله ﷺ قال: «من أحيا أرضا ميتة فهى له، وليس لعرق ظالم حق».

قال عروة: ولقد حدثنى الذى حدثنى هذا الحديث «أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ غرس أحدهما نخلا فى أرض الآخر، فقضى لصاحب الأرض بأرضه، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها، قال: فلقد رأيتها وإنها لتضرب أصولها بالفؤوس، وإنها لنخل عم حتى أخرجت منها».

=

قَالَ مَالِك: وَالْعِرْقُ الظَّالِمُ، كُلُّ مَا احْتُفِرَ أَوْ أُخِذَ أَوْ غُرِسَ بِغَيْرِ حَقٍّ..

١٤٠٨ – مَالِك عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً، فَهِيَ لَهُ.

قَالَ مَالِك: وَعَلَى ذَلِكَ الأَمْرُ عِنْدَنَا[1] .

الشرح: ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: **«من أحيا أرضًا ميتة، فهى له»** إحياء الأرض فى هذا الحديث، والله أعلم، عمارتها، وموتها تبورها، وعدم الانتفاع بها على وجه الزراعة والحرث والبنيان، وقد يستعمل موت الأرض بمعنى عدم سقيها، وتعذر نباتها وحياتها سقيها وظهور نباتها، قال الله تبارك وتعالى: **﴿فانظر إلى آثار رحمة الله كيف يحيى الأرض بعد موتها إن ذلك لمحيى الموتى وهو على كل شىء قدير﴾** [الروم: ٥٠].

وقد قال أبو حنيفة: كل ما قرب من العمران، فليس بموات وما بعد منه، ولم يملك قبل ذلك فهو موات.

= قال أبو داود: وحدثنا أحمد بن سعيد الدارمى، قال: حدثنا وهب بن جرير، عن أبيه، عن ابن إسحاق بإسناده ومعناه، «إلا أنه قال: فكان الذى حدثنى هذا الحديث، فقال الرجل من أصحاب النبى ﷺ وأكثر ظنى أنه أبو سعيد الخدرى، فأنا رأيت الرجل يضرب فى أصول النخل».

وحدثنا عبدالله بن محمد، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا أحمد بن عبدة الآملى، قال: حدثنا عبدالله بن عثمان، قال: حدثنا عبدالله بن المبارك، قال: أخبرنا نافع بن عمر، عن ابن أبى مليكة، عن عروة، قال: «أشهد أن رسول الله ﷺ قضى أن الأرض أرض الله، والعباد عباد الله، ومن أحيا مواتا فهو أحق به، جاءنا بهذا عن النبى ﷺ الذين جاءوا بالصلوات عنه».

وأخبرنا أحمد بن سعيد بن بشر، قال: أخبرنا مسلمة بن قاسم، حدثنا جعفر بن محمد ابن الحسن ابن سعيد الأصبهانى، حدثنا يونس بن حبيب، حدثنا أبو داود الطيالسى، قال: حدثنا زمعة بن صالح، عن الزهرى، عن عروة، عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «العباد عباد الله، والبلاد بلاد الله، فمن أحيا من موات الأرض شيئا فهو له، وليس لعرق ظالم حق».

قال أبو عمر: هذا الاختلاف عن عروة يدل على أن الصحيح فى إسناد هذا الحديث عنه الإرسال كما روى مالك، ومن تابعه، وهو أيضا صحيح مسند، على ما أوردنا، والحمد لله، وهو حديث متلقى بالقبول عند فقهاء الأمصار وغيرهم، وإن اختلفوا فى بعض معانيه.

١٤٠٨ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٢٤.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٢٤.

وروى ابن سحنون عن ابن القاسم: أن ما قرب من العمران لا يدخل فى الحديث، فيحتمل أن يريد أن اللفظ عام فيمن أحيا ما بعد وقرب فخص منه من أحيا ما قرب بدليل ظهر إليه، فثبت بذلك أن المراد به ما بعد، ويحتمل أن يريد أن لفظ الأرض لما ورد منكرًا لم يقتض العموم، وإنما أريد به ما بعد دون ما قرب، ويحتمل قول أبى حنيفة الوجهين.

وأنكر سحنون قول ابن القاسم هذا، وقال: المعروف أنه لا يجوز إحياؤه إلا بإذن الإمام، وعندى أن قول ابن القاسم هذا يحتمل ما روى عنه سحنون من قوله المعروف.

وقد روى ابن سحنون عن أبيه، قال مالك: معنى الحديث، فى فيافى الأرض، وما بعد من العمران.

وهذا القول يحتمل من التأويل ما يحتمله قول سحنون، فثبت بذلك أن الذى أنكره سحنون حمل قول ابن القاسم على أنه لا يجوز الإحياء فيما قرب من العمران، وإن أذن فيه الإمام على وجه التمليك بالإحياء، وإن جاز أن يملكه الإمام على وجه الإقطاع.

وقد روى سحنون عن مالك وابن القاسم: ما قرب من العمران لا يحييه إلا بقطيعة ونحوها. روى عن ابن نافع، والله أعلم وأحكم. وقال الشافعى: ما لم يملكه أحد فى الإسلام ولا عمر فى الجاهلية عمارة ورثت فى الإسلام، فذلك الموت المذكور فى الحديث. وقوله ﷺ: «من أحياها فهى له» يقتضى ظاهره ملكه لها.

وفى ذلك خمسة أبواب، الأول: فى صفة الأرض التى تملك بالإحياء. والباب الثانى: فى صفة المحيى لها وحكمه. والباب الثالث: فى صفة الإحياء. والباب الرابع: فى حكم ما أحيى من الأرض ثم مات. والباب الخامس: فى حكم الأرض الموات والإبراز فى البيع والقسمة وغير ذلك.

الباب الأول: فى صفة الأرض التى تملك بالإحياء

قال سحنون فى المجموعة: الأرض على ثلاثة أضرب، عنوة، أو صلح أو مما أسلم عليها أهلها. فأما العنوة، فما كان فيها من موات وشعار لم تعتمل، ولا جرى فيها ملك لأحد، فهى لمن أحياها، كذلك أرض الصلح ما كان منها مواتًا لم يعمل، وحيز بعمارة، فهى لمن أحياها. وأما ما أسلم عليها أهلها وملكوها، فإنها على ما أسلموا عليه. وهو تملك على وجهين، أحدهما: أن تكون محدودة، ولها مالك معروف مخصوص. والثانى: أن تكون من الأودية والمراعى ليست بمحدودة، ولها مالك معين.

وقال فى موضع آخر: إنها لا تملك حقيقة الملك، وإنما هى للمرافق والمنافع، فما كان من أرض الأعراب على غير هذين الوجهين، فهى لمن أحياها، وعندى أن هذا التقسيم لا يحتاج إليه إلا لمعنى التفسير؛ لأن حكمها فيما ذكره واحد.

ووجه ذلك أن كل وجه ملكت به الأرض من الوجوه الثلاثة، فإنما يملك منها ما تقدم، ذكر الملك له، إما بملك الرقاب على وجه مخصوص، أو العموم أو ملك المنافع على الوجه العام، وبهذين النوعين منها يتعلق الملك والحقوق دون الفيافى والقفار فمن أحيا أرضًا لم يتعلق بها حق لأحد، فهى له بالإحياء دون غيره.

مسألة: وما كان من بئر ماشية، فلا يغرس أحد عليه غرسًا، ولا يحيى عليه حقًا، قاله ابن كنانة فى كتاب ابن سحنون.

وجه ذلك أن بئر الماشية مما يملك أهله الانتفاع به، وما ملك قوم الانتفاع به على وجه خاص أو عام، فليس لأحد أن يبطل حقهم منه بالإحياء كالمراعى التى قد ذكرناها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالموات على ضربين، ضرب يبعد من العمران، وضرب يقرب، فأما ما بعد من العمران، فقد قال مالك: يحييه بغير إذن الإمام خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: ليس لأحد أن يحيى مواتًا من الأرض إلا بإذن الإمام. وقد رواه يحيى عن ابن نافع.

والدليل على ما نقوله قوله ﷺ: «من أحيا أرضا ميتة فهى له» وهذا عام فيحمل على عمومه.

ودليلنا من جهة المعنى أن هذه أرض لا يتعلق بها حق لغير المحيى، فلم يحتج فى إحيائها إلى إذن الإمام كما لو ملكها المحيى.

فرع: فإن عمرها بغير إذن الإمام، ففى كتاب ابن سحنون عن مالك: ما علمت اختلافًا بين أهل العلم من أحيا أرضًا ميتة بعيدة من العمارة بغير إذن الإمام، أن ذلك له.

وفى كتاب ابن مزين عن ابن نافع: إن عمره بغير إذن الإمام، فهو له.

وقال فى العتبية: يقتطع الموات فيحييه بغير إذن الإمام، ينظر فيه الإمام، فإن رأى أن يقره، أقره، وإن رأى أن يخرجه، أخرجه.

مسألة: وأما التى تقرب من العمران، فلا يحييها أحد إلا بإذن الإمام، رواه سحنون

عن مالك وابن القاسم عن أشهب خلافًا للشافعى فى قولـه: يحييهـا مـن شـاء بغـير إذن الإمام. ورواه ابن عبدوس عن أشهب، قال سـحنون: وبـه قـال كثـير مـن العلمـاء مـن أصحابنا وغيرهم.

والدليل على ما نقوله قول النبى ﷺ : «وليس لعرق ظالم حق» والذى يحيـى بقـرب العمران قد يظلـم فـى إحيائـه، ويسـتضر النـاس بذلـك لتضييقـه عليهـم فـى مسـارحهم وعمارتهم ومواضع مواشيهم ومرعى أغنامهم، فاحتـاج إلى نظـر الإمـام واجتهـاده فـى ذلك.

قال سحنون فى المجموعة: وقد أقطع عمر العقيق، وهو قرب المدينة، واحتج أشهب فى المجموعة لقوله بأن ذلك مقتضى قوله ﷺ: «من أحيا أرضًا مواتًا، فهـى لـه» وذلـك عام فيما قرب أو بعد، وإنما يستحب له ذلك لا فيما قرب من العمـران لئـلا يكـون فيـه ضرر على أحد.

فرع: إذا قلنا إنه لا يحيى إلا بإذن الإمام، فأحيا رجل أرضًا قريبـة مـن العمـران بغـير إذن من الإمام، فقد قال مالك وابن الماجشون ومطرف: ليس له ذلك، فـإن فعـل، نظـر الإمام، فإن رأى إبقاءه له، فعل، وإن رأى أن يزيله ويعطيه غيره أو يبيعه للمسلمين فعل، وقاله ابن القاسم، ورواه عن مالك.

وقال أصبغ: إن أحياه بغير إذن الإمام أمضيته له ولم ينقض، رواه ابن حبيب.

وروى ابن سحنون عن ابن القاسم أنه لا يكون له ذلك بوجه. وفى المدنية من رواية يحيى عن ابن القاسم فيمن عمره: لا يكون له بغير قطيعة من الإمام.

وقد روى سحنون عن مالك: لا يحييه أحد إلا بقطيعة من الإمام، فيحتمل قـول ابـن نافع هذا المعنى من يملكه بالإحياء، ويدل على هذا التأويل أنه قال: ما بعـد عـن الإمـام، فلا يعمر إلا بأمر الإمام، وما قرب من الإمام لا يكـون لأحـد بغـير قطيعـة مـن الإمـام، ففرق بين الأمر والإقطاع والله أعلم وأحكم.

وجه القول الأول أنه لما كان للإمام منعه بما فى ذلك من الضرر على المسلمين، وأنـه لا يستحق ذلك إلا إذا أباحه له لكونه أصلاً له، ولا ضرر فيـه علـى غـيره، فكذلـك إذا تعدى وعمره بغير إذن الإمام لكون النظر فيه للإمام باقيًا، ولا يخرجه بتعديه فيـه وسـبقه إليه عن نظر الإمام واجتهاده.

ووجه قول أصبغ يقتضى مذهب أشهب أنه يستحب مشاورة الإمام واستئذانه إلا أن ذلك شرط فى صحة تملكه.

ووجه قول ابن القاسم هذا أن من أهل العمران متعلق به، فليس للإمام أن يأذن فى إحيائه، ولذلك قال: ما قرب من العمران لا يدخل فى الحديث.

فرع: فإذا قلنا إن للإمام أن يزيله عنه، فقد قال مطرف وابن الماجشون: يعطيه قيمة عمله منقوضًا أو يعطيه إياه بعد أمره بقلعه، وهذا يقتضى أنه متعد بالعمل فيه، وأن للإمام أن يأخذه لجماعة المسلمين، فيعطيه قيمة نقضه من بيت المال أو يصرفه إلى رجل من المسلمين، فيعطى قيمة النقض من بيت مال المسلمين أو يعطيه ذلك من صرف المالك إليه من ماله.

وهذا القول مبنى على أن الإمام ينظر فى أمرين، أحدهما أن يكون الموضع لا مضرة فى إحيائه. والثانى أن يكون المحيى لا يستضر أهل العمارة به أو يكون هو أصلح لهم من غيره، فلذلك كان للإمام إذا أحيا بغير إذنه أن يصرفه إلى غيره ممن لا يستضر بمجاورته أو ممن يكون أحسن مجاورة منه.

فرع: ومن أحيا أرضًا فى الفيافى، فليس لغيره أن يحيى بالقرب منه إلا بإذن الإمام، قاله سحنون فى المجموعة، قال: لأنه قد صار بالإحياء عمرانًا، فلا يعمر بقربه إلا بإذن الإمام.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فما حد القرب والبعد المذكورين؟ قال سحنون فى كتاب ابنه: ما رأيت من وقّت فيه من أصحابنا، وما كان من العمارة على يوم، وما لا تدركه المواشى فى غدوها ورواحها، فأراه من البعيد.

وأما ما تدركه المواشى فى غدوها ورواحها أو أبعد من ذلك قليلاً مما فيه الرفق لأهل العمارة، فهو القريب يدخله نظر السلطان، فلا يحيا إلا بإذنه. وقال أبو يوسف: الحد فى ذلك أن يصيح الصائح من طرف العمران، فلا يسمع من بالموضع الآخر صوته.

وما قاله سحنون أظهر؛ لأن الاعتبار فى ذلك إنما هو بارتفاق أهل العمران بالمسرح والمحطب دون سمع الصوت والله أعلم، وهذا القول لابن القاسم فى كتاب ابن سحنون.

فرع: وبماذا ينظر فيه الإمام؟ قال ابن سحنون عن أبيه: يجتهد فيه الإمام، ويشاور فيه

أهل القرى. وقال في موضع آخر عن ابن القاسم: ينظر الإمام مما كان قرب العمران، فإن كان فيه على أهل القرى ضرر في مسرح أو مرعى أو محطب ونحوه منع منه، وإن لم يكن فيه ضرر أمضاه، وقد تقدم من قولنا إنه ينظر مع ذلك من هو أصلح مجاورة والله أعلم.

وفي المدنية في غني اقتطع مواتًا بعيدًا، فأحياه بغير أمر الإمام: ينظر فيه الإمام، وإن أحيا فيما يقرب من العمران بغير أمره، وكان هناك من هو أحوج إليه منه منعه إياه، وإن لم يكن ثم من هو أحوج إليه أقره في يديه، ولا بأس أن يقطع الإمام الأغنياء إذا كان قد أقطع الفقراء ما يكفيهم، فاعتبر بالغني والفقير، ولعل هذا الاعتبار مقصور على الإقطاع دون الأحياء؛ لأن الإحياء لا يملك به الأرض إلا بالارتفاق والعمل، فالغني أقدر عليه والإقطاع يملك الأرض دون عمل ولا نفقة، فالفقير أحوج إليه من الغني، والله أعلم.

الباب الثاني: في صفة المحيي للأرض وحكمه

وذلك أن المحيي للأرض في بلاد المسلمين لا يخلو أن يكون مسلمًا أو ذميًا، فإن كان مسلمًا فحكمه ما تقدم، وإن كان ذميًا، ففي المجموعة عن ابن القاسم: هي له لما روى عنه ﷺ أنه قال: «من أحيا أرضًا ميتة، فهي له» إلا أن يكون ذلك في جزيرة العرب لقوله ﷺ: «لا يبقين دينان بأرض العرب»(*).

فرع: فإذا ثبت أن الذمي يحيي في بلاد المسلمين، فإن ذلك فيما بعد من العمران، فأما فيما قرب من العمران، فإنه يخرج عنه، ويعطى قيمة ما عمر؛ لأن ما قرب من العمران بمنزلة الفيء، والذمي لا حق له في الفيء، وكذلك إن عمر في جزيرة العرب مكة والمدينة والحجاز كله والنجود واليمن، فإنه يخرج منها، ويعطى قيمة عمارته، قاله ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون.

وفي هذا القول نظر، فإنه إن كان ما قرب من العمران حكمه حكم الفيء، فإنه لا يجوز لأحد تملكه واقتسامه ولا بيعه ولا شراؤه، لأن هذا حكم الفيء من الأرض عند مالك ويلزمه على هذا القول أن لا يصح أحياؤه من العبد والمرأة، لأنهما ليسا من أهل الفيء، ولا يصح ممن لم يفتح ذلك البلد؛ لأنه ليس من أهل ذلك الفيء، ولو قال قائل

(*) أخرجه البيهقي في الكبرى ٢٠٨/٩، عن ابن شهاب. عبد الرزاق في المصنف ٩٨/٨ برقم ١٤٤٦٨، عن ابن المسيب.

إن حكمه فى ذلك حكم المسلمين لم يبعد كما أن حكمهم حكم المسلمين فى إحياء ما بعد.

قال القاضى أبو الوليد: والأظهر عندى على قول مطرف وابن الماجشون أن يكون معناه أن الإمام لو استأذنه فى ذلك لم يكن له أن يأذن لأن الإمام إذا نظر فى ذلك، فإنما ينظر فيه للمحيى ولعامة المسلمين، فإذا لم يكن على جماعة المسلمين فى ذلك مضرة، فمن حق المستأذن أن يأذن له، وإن كان عليهم فى ذلك مضرة، فمن حقهم أن يمنعه، وفى إحياء غير المسلمين ما قرب من مواطنهم وعمارتهم مضرة، فلا يجوز للإمام أن يأذن له، فإن تعدى، وعمر بغير إذن، نظر للمسلمين بإخراجه منه بأن يعطيه قيمة نقضه من بيت مال المسلمين أو من مال من يصرف إليه أو يؤمر بفعله، ولا تسوغ المشاركة إن لم يأخذه لأحد، ورأى المصلحة للمسلمين فى منع إحيائه، والله أعلم وأحكم.

الباب الثالث: فى صفة إحياء الأرض

قال مالك فى المجموعة وكتاب ابن سحنون: إحياء الأرض أن يحفر فيها بئرًا أو يجرى عينًا، ومن الإحياء غرس الشجر، والبنيان والحرث، فما فعل من ذلك فهو إحياء، وقاله ابن القاسم وأشهب.

وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: إن الإحياء حفر الآبار، وشق العيون، وغرس الشجر، وبناء البنيان، وتسييل ماء الرّدغة من الأرض، وقطع الحياض والفحص عن الأرض بما تعظم مؤنته، وتبقى منفعته حتى يصير ما لا يعتد به، فهذا وما أشبهه إحياء.

مسألة: وأما الرعى، فلا يكون إحياء، قاله ابن سحنون عن ابن القاسم وأشهب وجميع أصحابنا. وقد قال أشهب: من نزل أرضًا، فرعى ما حولها، فهو أحق بها من غيره، وذلك إحياء.

وجه قول ابن القاسم أنه ليس له أثر باق فى الأرض؛ لأن هذه حال سائر الأرضين المبورة، فلا يكون إحياء كالمبتنى فيها.

واحتج أشهب فى كتاب ابن سحنون بأنهم قد رعوا وينتظرون أن يرعوا. واحتج فى المجموعة بالمعدن يحوزه رجل بالعمل فيه، فإنه له ما أقام عليه، فكذلك هذا، وإن لم يعجب سحنون قول أشهب، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وليس حفر بئر الماشية إحياء، قاله ابن القاسم وأشهب. ووجه ذلك أن هذا لا يعمل لمعنى إحياء الأرض، وإنما يعمل لمنافع الماشية كالراعى.

مسألة: وليس التحجير إحياء، قاله ابن القاسم فى المجموعة وغيرها.

ووجه ذلك أن التحجير ليس فيه إحياء للأرض ولا منفعة، وإنما هو منع لغيره من التصرف فيها، وإلا فهى باقية على صفتها قبل التحجير.

فرع: إذا ثبت ذلك، فمن يحجر أرضا لغيره من العمران، فقد قال أشهب: لا يكون أولى بها حتى يعلم أنه يحجرها ليعمل فيها إلى أيام يسيرة ليمكنه العمل ليبس الأرض أو لغلاء الأجر، ونحو هذا من العذر الذى يؤخر له الناس، فذلك له. وأما من يحجر ما لا يقوى عليه، فله منه ما عمر.

قال أشهب فى المجموعة: وقد روى عن عمر فيمن حجر أرضًا، ولم يعمرها أنه ينتظر به ثلاث سنين، وأراه حسنًا.

الباب الرابع : فى حكم ما أحيى من الأرضين ثم مات، وعاد إلى ما كان عليه

الأرضون على ضربين، ضرب يفتتح ملكه، وضرب يتملك عن مالك. فأما ما افتتح ملكه، فعلى قسمين، أحدهما إقطاع الإمام. والثانى: الإحياء. فأما ما ملك بإقطاع من الإمام، ففى العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن أقطعه الإمام أرضًا بقرب العمران كانت له، وإن لم يعمرها، ويبيع ذلك إن شاء، ويورث عنه.

وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فى الذى يقطعه الإمام أرضًا، فلم يقو على عمارتها: له أن يبيعها ويتصدق بها ما لم ينظر فى عجزه عنها، فيقطعها غيره.

وجه قول ابن القاسم أن الإقطاع عنده معنى التمليك الثانى الذى لا يفتقر إلى عمارة كالبيع والميراث.

ووجه القول الثانى أن الإقطاع إنما هو إذن فى الإحياء، ومن شرط ذلك العمارة.

فأما ما افتتح ملكها بالإحياء، ففى المجموعة عن ابن القاسم أنه بلغه عن مالك فيمن أحيا أرضًا ميتة، ثم تركها حتى عفت آثارها، وهلكت أشجارها، وطال زمانها، ثم أحياها غيره: أنها للثانى.

وقال سحنون: من أحيا أرضًا مواتًا، فقد ملكها، ولا تخرج من يده لتعطيله لها، وإن عمرها غيره، فالأول أحق بها.

وجه القول الأول ما احتج به ابن عبدوس من أن من ملك المباح ثم خرج عن يده

حتى عاد إلى أصله، فإنه لمن يملكه بعده كالصيد يخرج من يد صائده، فيلحق بالوحش، فهو لمن صاده بعده.

ووجه قول سحنون أن ما لا يخرج من ملكه بالتغيير، إذا ملك بالابتياع، فإنه لا يخرج عن ملكه بالتغير إذا تملكه عن إباحة كالثياب، وذلك أن الفرق بين الأرض والصيد، أن الصيد لو ابتاعه ثم نفر، ولحق بالوحش لكان لمن صاده بعده، ولا خلاف أن من اشترى أرضًا، ثم تبورت، فأحياها غيره بعده، فإنها لمن اشتراها دون من أحياها.

فرع: وسواء أحياها الأول بإذن الإمام أو بغير إذنه، قاله ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون، وذلك إذا كان الإذن ليس بمعنى الإقطاع، فمتفق عليه، وإذا كان بمعنى الإقطاع، فمختلف فيه على ما تقدم.

مسألة: وأما ما ملك من الأرض بشراء أو ميراث أو هبة، قال ابن القاسم: أو خطة، فإنها لمن ملكها، وإن لم يعمرها ويبيع ذلك، ويورث عنه، فإن أحياها غيره، فلا يخلو أن يحيى الثانى ما ليس للأول منعه، أو ما للأول منعه، وإن أحيا ما ليس للأول منعه، فهو للثانى، وإن أحيا ما للأول منعه، فلا يخلو أن يكون المحيي يعلم ذلك أو لا يعلمه، فإن علم ذلك، فقد تقدم ذكره، وإن لم يعلم ذلك، فقد قال ابن القاسم: يقال لصاحب الأرض أعطه قيمة عمارته، فإن أبى قيل للعامر: أعطه قيمة أرضه، فإن أبى كانا شريكين، هذا بقيمة أرضه، وهذا بقيمة عمارته.

وذكر المطرف وابن الماجشون أن قول مالك والمغيرة وابن دينار وغيرهم من علماء المدينة: ليس للذى عمر أن يعطى رب الأرض قيمة أرضه، ولكن إذا أبى رب الأرض أن يعطيه قيمة عمارته كانت الأرض بينهما، هذا بقيمة أرضه براحًا، والآخر بقيمة عمارته قائمة، وتفسير ذلك أن تقوم الأرض مبورة ثم تقوم عامرة، فما زادت قيمتها بالعمارة، فالعامل به شريك لرب الأرض.

ووجه القول الأول أن للثانى حقًا ثابتًا، فكان له أن يعطيه الآخر قيمة حقه كصاحب الأرض.

ووجه القول الثانى أن الأرض أصل ثابت قديم، وعمل الثانى وارد عليها، والله أعلم وأحكم.

الباب الخامس: فى حكم الأرض الموات والأبوار فى القسمة والبيع

الأبوار والشعارى على ثلاثة أضرب، ضرب لا تحيط به العمارة، وضرب تحيط به العمارة، وضرب يكون بين قريتين.

فأما ما لا تحيط به العمارة، فقد قال أشهب وابن وهب وأصبغ: لا تقسم بينهم، وإن اتفقوا على قسمته.

وفى كتاب ابن سحنون وابن القاسم: أن الشعراء التى تقرب من القرى تلحقها الماشية فى غدوها ورواحها، وهى لهم مراع ومحتطب، فلا تكون لمن أحياها، ولأهل تلك القرى قسمتها بينهم.

وأنكر سحنون هذا، وقال: المعروف لمالك وابن القاسم غير هذا الوجه، وذلك أن الناس لم يختلفوا فيما بعد من العمران أن يحيا بقطيعة من الإمام، واختلفوا فيما قرب، فقال: كثير منهم من أصحابنا وغيرهم: إن للرجل أن يحييه دون الإمام. وقال آخرون: لا يحييه إلا بقطيعة الإمام، فهذا خارج من هذين القولين.

وجه المنع من القسمة ما تقدم. ووجه إباحة ذلك أنهم مختصون باستحقاقها، ومعظم منافعها، وإنما لغيرهم فى ذلك ما فضل عنهم على وجه الضرورة إليه.

مسألة: وأما ما أحاطت به العمارة، فقد قال أصبغ وداود بن سعيد: يقسم، وبه قال مطرف وابن الماجشون. وقال أشهب وابن وهب: لا يقسم بينهم أجمعوا على ذلك أو أباه بعضهم؛ لأن البور والمتسع ليس بمال لهم، وفيه حق لكل المسلمين من المارة وغيرهم فى مناخ إبلهم ومرعى دوابهم، وقد قال ﷺ: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ»(*).

وجه القول الأول ما احتج به ابن حبيب أن هذه الأبوار أفنية أهل القرى ومحتطبهم ومراعيهم، ولذلك لم يكن للإمام أن يقطع أحدا شيئًا منها لأنها حق لهم كأفنية الدور، فمن دعا إلى القسمة منهم، فذلك له.

مسألة: وأما ما كان بين القرى، فقد روى فى العتبية أصبغ عن ابن القاسم فى قرى قد أحاطت بفحص لكثرة بور ترعى فيه غنمهم، ويحتطبون فيه، ليس لهم قسمته، ويبقى مرعى لهم وللمارة. وروى عنه ابن سحنون أنهم إذا أراد قسمته قسم بينهم، وكلا القولين مبنى على ما تقدم.

(*) أخرجه البخارى ٣/٣٢١ كتاب الشرب والمساقاة باب من قال: إن صاحب الماء أحق بالماء، عن أبى هريرة. مسلم ٣/١١٩٨ كتاب المساقاة باب ٨ رقم ٣٦، عن أبى هريرة. أبو داود برقم ٣٤٧٣، ٣/٢٧٥ كتاب البيوع باب منع الماء، عن أبى هريرة. الترمذى برقم ١٢٧٢، ٣/٥٦٣ كتاب البيوع، عن أبى هريرة. ابن ماجه برقم ٢٤٧٨، ٢/٨٢٨ كتاب الرهون، عن أبى هريرة. البيهقى فى الكبرى ٦/١٥١، عن أبى هريرة. البغوى فى شرح السنة ٦/١٦٨، عن أبى هريرة.

فرع: فإذا قلنا يقسم بينهم، فإنما يقسم على عدد القرى، ويعطى كل قرية مما يليها يسوى بين الصغيرة والكبيرة بالسواء، الكريم بقيمته واللئيم بقميته، رواه ابن سحنون عن ابن القاسم وابن حبيب عن ابن الماجشون، وسيأتى ذكره هذا إن شاء الله تعالى.

مسألة: وهذا إذا كانت القرى متصلة بالشعراء والأبوار، فإن حال بينهما جبل أو صخرة أو نهر عظيم، فإن ذلك يمنع أن يكون لهم فيه حظ إلا أن يقوموا ببينة بالملك، رواه ابن سحنون وابن حبيب عن ابن القاسم.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون: يدخل معهم أهل القرية التى حال بينهما نهر أو جبل أو صخرة أو خرب لا تحرث، واختاره ابن حبيب.

قال سحنون: فلول قال ابن الماجشون: إن السلطان يقطعهم إياه بينهم لئلا يضر بهم من يحييه من غيرهم لكان وجهًا، وقد خلط فى بعض قوله، فقال: فادعى أهل القرية التى خلف النهر والصخرة، إن لهم فى الشعراء حقًا معهم.

وقد قال أهل القرى: إن الذين تصير لهم من ناحية منزلهم صادف كرمًا أو دناءة. قال سحنون: فصار هذا كإقرار منهم.

مسألة: وإذا كانت الشعراء تلى القرية، ويقطع بين الشعراء وبين قرى أخرى ترعى فيها مواشيهم فأهل القرية التى تليها أحق بها، رواه ابن سحنون عن ابن القاسم، قال: ويقتسمه أهل تلك القرية على قدر أملاكهم فى القرية يقتسمونها بالقسمة أو السهم، وهكذا ذكر أصحابنا فيما يقتسمه أهل القرية فى الشعراء أنهم يقتسمونها على قدر أملاكهم فيها، وما يقتسمه أهل القرى، فإنه يقسم بينهم صغرت القرية أو عظمت.

فرق: والفرق بينهما أن أهل القرى إنما يستحقون الأبوار والشعارى ويتشاركون فيها على وجه المسارح والمفارق بنسبة الجهات، وإلى ذلك يرجع بعد القسمة.

وذلك بمعنى تتساوى فيه القرى فقد يكون لأهل القرية الصغرى من الماشية أمثال ما للقرية الكبرى، فلا يمنع من ذلك أهل القرية الصغرى لصغر قريتهم، ولا يرجع عليهم أهل القرية الكبرى بشىء لعظم قريتهم، وليس كذلك أهل القرية الواحدة، فإنما يستحقون أوبارها وشعارها بسبب أملاكهم، وينفرد كل واحد منهم بحقه منها بالقسمة، ويتصرف فيه بأى وجه شاء من عمارة أو غيرها، فيكون له حكم ملكه، فلذلك روعى فيه قدر حقه، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله ﷺ: «**وليس لعرق ظالم حق**» فسره مالك فقال: إن العرق الظالم ما احتفر أو اتخذ أو غرس بغير حق. قال عروة وربيعة: العروق أربعة، عرقان فوق الأرض، وهما الغرس والبناء، وعرقان في جوفها، المياه والمعادن. وقال عروة: والباطنان البئر والعين، قالا: فكل من عمل شيئًا من ذلك فى حق غيره، فهو من ذلك.

فصل: وقوله: «**ليس له حق**» يحتمل أن يريد به ﷺ ليس له حق البقاء فمن غرس أو بنى ظالمًا فى ملك غيره ليس له أن يبقيه، وكان لصاحب الملك أن يأمره بقلعه أو يخرجه منه بأن يدفع إليه قيمة غرسه مقلوعًا، وقيمة بنيانه منقوضًا فيما له قيمة، وما لم يكن له قيمة كان لصاحب الملك أن يبقيه على ملكه دون عوض يعوضه منه، ويحتمل أن يريد ﷺ له حق بملك ولا انتفاع، ويكون المراد به فى العيون والآبار.

وذلك أن من حفر بئرا أن أنبط عينًا فى ملك غيره، فإنه ليس له أن يملكه، وينتفع به ولصاحب الملك أن يجبره على إعادته على ما كان عليه أو يتملكه، ويعطيه قيمة ما له قيمة بعد إزالته، وإذا كان لفظ الحق يحتمل الأمرين جاز أن يحمل عليهما على ما قاله عروة بن الزبير وربيعة بن أبى عبدالرحمن، والله أعلم وأحكم.

* * *

القضاء فى المياه

١٤٠٩ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِى بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ فِى سَيْلِ مَهْزُورٍ وَمُذَيْنِبٍ: «يُمْسَكُ حَتَّى الْكَعْبَيْنِ، ثُمَّ يُرْسِلُ الأَعْلَى عَلَى الأَسْفَلِ»(١).

١٤٠٩ - أخرجه البخارى فى المساقاة ٢٣٥٣. ومسلم فى المساقاة ١٥٦٦. والترمذى فى البيوع ١٢٧٢. وأبو داود فى البيوع ٣٤٧٣. وابن ماجه فى الأحكام ٢٤٧٨. وأحمد فى باقى مسند المكثرين ٧٢٨٠، ٧٦٤٠، ٨٠٢٣، ٨٥٠٨، ٢٧٢٨٢، ٢٠١٩٣.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣١٢/٨: لا أعلم هذا الحديث فى سيل مهزور، ومذينب. هكذا يتصل عن النبى ﷺ من وجه من الوجوه وأرفع أسانيده: ما حدثناه خلف بن القاسم، حدثنا بكر ابن عبدالرحمن بن محمد أبو العطار بمصر، حدثنا يحيى بن سليمان بن صالح بن صفوان، حدثنا أبو صالح الحرانى عبدالغفار بن داود، حدثنا محمد بن سلمة، عن محمد بن إسحاق، عن أبى مالك بن ثعلبة، عن أبيه، أن النبى ﷺ أتاه أهل مهزور، فقضى: «أن الماء إذا بلغ إلى الكعبين لم يحبس الأعلى».

الشرح: قال عيسى بن دينار وسحنون: مهزور ومذينب واديان بالمدينة. زاد سحنون: وليس ملكهما لأحد، كانا يسقيان بالسيل، فإذا أتى السيل سقى الأعلى حائطه، ثم الذى يليه، وذلك أن المياه التى تسقى على ضربين، ضرب لا يملك أصله كالسيول ومياه الأمطار، وضرب يملك أصله كالعيون والآبار.

فأما ما يملك أصله، فلا يخلو أن يكون طريقه فى أرض مباحة أو فى أرض يملكها رجل معين أو فى أرض يملكها رجال معينون.

فأما ما كان طريقه فى أرض لا تملك مثل المياه التى تسيل من شعاب الجبال وبطون الأودية كمهروز ومذينب، فتسيل مياههما فى أرض مباحة غير متملكة إلى أرض من يسقى بها ثم يتصل جريها فى مثل ذلك، ويحاذى مجرى الماء فى إحدى جانبيه أو فى جانبيه جميعًا مزارع وحدائق للناس، ويسقون به، فهذا حكمه أن يسقى به الأعلى فالأعلى، وذلك إذا كان إحياؤهم معًا أو إحياء الأعلى قبل الأسفل.

وهو معنى ما روى عن النبى ﷺ وإلى هذا ذهب مالك وأصحابه. قال ابن نافع: وهذا حكم النيل أيضًا، فإن أحيا رجل ماء سيل ثم أتى غيره، فأحيا فوقه ما هو أقرب إلى أعلى سيل منه، وأراد أن ينفرد بالماء، ويسقى به قبل الأسفل الذى أحيا قبله، وذلك يبطل عمل الثانى، ويتلف غرسه وزرعه، فقد قال سحنون: إذا كان بعض الأجنة أقدم من بعض فالقديم أحق بالماء.

ووجه ذلك أن استحقاقه للماء قد تقدم فليس لغيره أن يبطل حقه منه بما يحدثه بعد ذلك.

فرع: فإن كانت الجنتان متقابلتين، فما حكمه أن يكون الأعلى بالأعلى، فقد قال سحنون فى كتاب ابنه: يقسم بينهما الماء.

وجه ذلك تساويهما فى وجه الاستحقاق، فإن كان الأسفل مقابلاً لبعض الأعلى حكم لما كان أعلى بحكم الأعلى، ولما كان منه مقابلا بحكم المقابل.

مسألة: وإن كان رى الماء فى أرض رجل معين، فقد قال سحنون: ما كان من سيول المطر فى أرض الناس المعروفة، فلكل واحد منهم أن يمنع ماءه ويحبسه فى أرضه، قل أو كثر، ولا يرسل منه شيئًا إلى من تحته إلا أن يشاء.

ووجه ذلك أنه بدخوله فى أرضه قد صار أحق به من غيره، وإنما يتنازع فيه قبل

دخوله فى أرض أحد، فأما ما سال فى أرضه، فهو حق لـه، فلـه منعـه إن شـاء، وبالله التوفيق.

مسألة: وأما ما كان سيله فى أرض يملكها قوم معينون، مثل أهل النهر يجتمعون على إخراج ماء منه، فيحملونه فى أرضهم أو فى أرض مبورة ملكوها لشـق ساقيتهم فيهـا، وذلك نوع من الإحياء، فإن هؤلاء أحق بمائهم، وهم سواء فـي حكـم التقويـم لا يقـدم الأعلى على الأسفل، وإنما يقتسمونها بما يقتسم به الماء الذى يملـك أصلـه وسـنبينه بعـد هذا إن شاء الله تعالى.

فصل: وأما ما يملك أصله كالعيون والآبار، فقد قال سـحنون: إن هـؤلاء يقتسـمون ماءهم على قدر ملكهم بالقلد، ولا يقدم أحد على أحد، ولكن يأخذ كـل واحـد مـاءه يصنع به ما شاء.

ووجه ذلك أن رقبة العين والبئر ملك، ولكل ذى حظ فيها الانتفاع بحظه والتصـرف فيها بما شاء من بيع أو هبة أو غير ذلك.

ومن المجموعة عن ابن القاسـم وأشـهب فـى أرض هـى مقسـومة بـين قـوم، ولهـم شرب، فأراد أحدهم أن يصرف حصته من الشـرب إلى أرض لـه أخـرى: أن لـه ذلـك، عطل حصته من الأرض أو لم يعطلها. قال الشيخ أبـو محمـد: يريـد والأرض مقسـومة. قال: لأن له أن يمنع ذلك، وكذلك يكون له أن يصرف حيـث شـاء مـا لـم يمـر بـه فـى حصة غيره، فلا يكون له ذلـك إلا بإذنـه وأمـا إذا كـانت الأرض مشـتركة بينهـم علـى الإشاعة فليس لأحدهم أن يصرف حصته من ذلـك المـاء عنهـا لأن ذلـك يضـر بحظهـم منها، والله أعلم وأحكم.

مسألة: والقلد على أنواع منها أن يؤخذ قدر، ويثقب فى أسـفلها ثقـب، ويمـلأ مـن الماء، ويكون قدر أقلهم نصيبًا مقدار ما يجـرى مـاؤه على ثقبـه تلـك، فتمـلأ ولا يـزال صاحب الحصة من الماء يأخذ ماء العين كله، يصرفه فيما شاء إلى أن يفنى ماء القدر، ثم يملأ للذى يليه مرة أو مرتين أو ثلاثة بحسب حصته، والله أعلم.

وقال ابن حبيب: تفسير ذلك أن يأخذ الإمام رجلـين مـأمونين أو يتراضى الشـركاء عمن شاءوا أو يؤخذ قدر فخار أو غيره يثقب فى أسفله بمثقب، ثم يرفع المثقب ثم يعلق القدر، ويجعل تحته قصرية ويعد ماء فى جرار، فإذا انصدع الفجر صب الماء فـى القـدر، فسال الماء من الثقب، فكلما هم الماء أن ينصب صب حتى يكون سيل المـاء مـن الثقـب

معتدلاً النهار كله والليل كله إلى انصداع الفجر، ثم ينحى القدر ويقسم ما اجتمع من الماء على أقلهم سهمًا، كيلاً أو وزنًا، ثم يجعل لكل واحد منهم قدر يحمل سهمه من الماء، ويثقب كل قدر منها بالمثقب الذى به القدر الأول، فإذا أراد أحدهم السقى علق قدره بمائه، وصرف الماء كله إلى أرضه فيسقى ما سال الماء من قدره، ثم كذلك يقسم، فإن تشاحوا فى التبدئة، استهموا على ذلك.

فصل: وقوله: «**يمسك حتى الكعبين، ثم يرسل الأعلى على الأسفل**» اختلف أصحابنا فى تأويل ذلك، فروى ابن حبيب عن ابن وهب ومطرف وابن الماجشون: يرسل صاحب الحائط الأعلى جميع الماء فى حائطه، ويسقى به حتى إذا بلغ الماء من قاعة الحائط إلى كعبى من يقوم فيه، أغلق مدخل الماء.

وقال ابن كنانة: بلغنا أنه إذا سقى بالسيل الزرع، أمسك حتى يبلغ الماء شراك نعليه، وإذا سقى النخيل والشجر، وما له أصل أمسك حتى يبلغ الكعبين، وأحب إلينا أن يحبس فى الزرع والنخل، وما له أصل حتى يبلغ الكعبين لأنه أبلغ فى الرى.

وفى المدنية عن عيسى عن ابن وهب أن الأول يسقى حتى يروى حائطه، ثم يمسك بعد رى حائطه فيما كان من الكعبين إلى أسفل، ثم يرسل.

وروى محمد بن عيسى عن زياد بن عبدالرحمن عن مالك أنه قال: تفسيره أن يجرى الأول من الماء فى ساقيته إلى حائطه قدر ما يكون الماء فى الساقية إلى كعبيه حتى يروى حائطه أو يبقى الماء، فإذا روى حائطه أرسله كله.

قال يحيى بن مزين رواية زياد عن مالك: أحسن ما فيه، والذى روى مسندًا فى هذا الباب ما روى ابن جريج، حدثنى ابن شهاب، عن عروة بن الزبير أنه حدثه « أن رجلا من الأنصار خاصم الزبير فى شراج من الحرة يسقى به النخل، فقال رسول الله ﷺ: اسق يا زبير، فأمره بالمعروف ثم أرسل إلى جارك. قال الأنصارى: أن كان ابن عمتك، فتلون وجه النبى ﷺ ثم قال: اسق ثم احبس حتى يرجع الماء إلى الجدر واستوعى له حقه»(*). فقال الزبير: والله إن هذه الآية نزلت فى ذلك: ﴿**فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك**﴾ [النساء: ٦٥] الآية.

(*) أخرجه البخارى ٣/٢٢٣ كتاب المساقاة، عن الزبير. أبو داود برقم ٣٦٣٧، ٣/٣١٥ كتاب الأقضية، عن عبدالله بن الزبير. الترمذى برقم ١٣٦٣، ٣/٦٣٥ كتاب الأحكام، عن عبد الله بن الزبير. النسائى ٨/٢٣٨ كتاب أدب القضاء، عن عبدالله بن الزبير. ابن ماجه برقم ٢٤٨٠، ٢/٨٢٨ كتاب الرهون، عن عبد الله بن الزبير. البغوى فى شرح السنة ٨/٢٨٤، عن عبد الله بن الزبير. البيهقى فى الكبرى ٦/١٤٥، عن عبدالله بن الزبير.

فقال ابن شهاب: فقدرت الأنصار قول النبى ﷺ: «اسق ثم احبس حتى يرجع إلى الجدر» فكان ذلك إلى الكعبين.

مسألة: فإن كان بعض الحائط أعلى من بعض، فقد قال سحنون: يؤمر أن يعدل أرضه، وليس له أن يحبس على أرضه كلها إلى الكعبين.

ووجه ذلك أنه قد يكون علو بعض أرضه ما لا يبلغ إلى الكعبين إلا بأن يعلو فى بعضه قامتين، ولكن إن تعذرت عليه التسوية سقى كل مكان مستو على حدته.

١٤١٠ - مَالِك عَنْ أَبِى الزِّنَادِ، عَنِ الأعْرَجِ، عَنْ أَبِى هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّـهِ ﷺ قَالَ: «لا يُمْنَعُ فَضْلُ الْمَاءِ لِيُمْنَعَ بِهِ الْكَلأُ».

الشرح: قوله: **«لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ»** قال مالك فى المجموعة والواضحة: معنى ذلك فى آبار الماشية التى فى الفلوات لأنه إذا منع الماء لم يرع ذلك الكلأ الذى بذلك الوادى لعدم الماء، فصار منعًا للكلأ.

وقال ابن القاسم وأشهب فى كتاب ابن سحنون: إن ذلك فى الأرض ينزلها للرعى لا للعمارة، فهم والناس فى الرعى سواء، ولكن يبدأون بمائهم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن بئر الماشية هى ما حفره الرجل فى غير ملكه على ما عهده مما يحفره الرجل لماشيته فى البرارى وفيافى القفار، فهذه البئر إذا حفرت فإنما جرت العادة أن يحفر لشرب ماشيته، ويتصدق بما فضل من مائها ويسيحه للناس، فاتفق مالك وأصحابه على أنه لا يمنع ما فضل عنه من مائه. قال مالك فى المدونة: لا يباع بئر الماشية، ما حفر منها فى جاهلية ولا إسلام.

وإن حفرت فى قرب، قال ابن القاسم: يريد قرب المنازل إذا كان إنما احتفر للصدقة. قال ابن القاسم: وإنما كره مالك بيع ماء بئر الماشية وبيع أصلها وأهلها أحق بمائها، فإذا فضل عنهم فضل، فالناس فيه أسوة، قالوا: وأما من احتفر بئرًا فى أرضه لبيع

١٤١٠ - أخرجه البخارى ٣/٣٢١ كتاب الشرب والمساقاة باب من قال: إن صاحب الماء أحق بالماء، عن أبى هريرة. ومسلم ٣/١١٩٨ كتاب المساقاة باب ٨ رقم ٣٦، عن أبى هريرة. وأبو داود برقم ٣٤٧٣، ٣/٢٧٥ كتاب البيوع باب منع الماء، عن أبى هريرة. والترمذى برقم ١٢٧٢، ٣/٥٦٣ كتاب البيوع، عن أبى هريرة. وابن ماجه برقم ٢٤٧٨، ٢/٨٢٨ كتاب الرهون، عن أبى هريرة. والبيهقى فى الكبرى ٦/١٥١، عن أبى هريرة. والبغوى فى شرح السنة ٦/١٦٨، عن أبى هريرة.

مائها أو لسقى ماشيته، ولم يحتفرها للصدقة، فلا بأس ببيعها، فتقرر من هذا أن ما احتفره فى أرضه، فالظاهر أنها على الملك وإباحة البيع حتى يبين أنها للصدقة، وما احتفر فى غير أرضه للماشية أو للشرب فقط، ولم يحفرها لإحياء زرع وغرس، فالظاهر أنه احتفرها ليكون المقدم فى منفعتها، وللناس فضلها؛ لأنه إنما يحفرها بحيث لا يباع ماؤها، ولا جرت به العادة إلا ببذلها، فإنما ينصرف عملها دون شرط إلى المعتاد من حالها، وعلى ذلك يحمل، وبهذا الحكم يحكم لها.

مسألة: فإن بين وأشهد أنه يريد به التمليك، فلم أر فيه نصًا، والظاهر عندى أنه على شرطه، وبهذا تتعلق الكراهية عندى، ويكون بمنزلة من أحيا أرضًا، فإن كان بالبعد وحيث لا يضر بأحد، فلا اعتراض فيه عليه، وإن كان بالقرب وحيث يخشى الاستضرار نظر فيه الإمام.

مسألة: وهذا حكم الآبار. فأما فى المواجل، ففى المدونة قال: ما عمل منها فى الصحارى والفيافى كمواجل طريق المغرب، فإنها كالآبار التى تحتفر للماشية.

وروى ابن نافع عن مالك فى المجموعة فى جباب البادية التى تكون للماشية: لا ينبغى أن يمنع فضل مائها ليمنع به الكلأ قيل له فالجباب التى تجعل لماء السماء، قال: ذلك أبعد. وقال المغيرة: من حفر جبًا، فله منع أن يشرب منه غيره، فليس كالبئر.

ووجه القول الأول أن هذا عمل ليتوصل به إلى رعى الكلأ بالماء، فأشبه البئر.

مسألة: ووجه القول الثانى أن المواجل ليست مما يتخذ غالبًا للمواشى لما فيها من النفقات والمؤن، وغالب عملها للتمليك إلا من أعلن بالصدقة.

إذا قلنا إنه لا تباع بئر الماشية، ولا يباع ماؤها، ففى المجموعة عن ابن القاسم عن مالك: لا يورث، ولا يوهب، ولا يباع، وإن احتاج، ولا يريد بقوله: لا يورث، أنه لا يكون ورثة محتفرها أحق بمائها.

وقد قال ابن حبيب فى معنى قول مالك: إنها لا تباع، ولا تورث، وصاحبها الذى احتفرها أو ورثته أحق بحاجتهم من مائها. قال: وهو قول جميع أصحابنا، وروايتهم عن مالك.

قال عن ابن الماجشون: لا تقع فى بئر الماشية المواريث بمعنى الملك، ولا حظ فيه لزوجه، ولا زوج من بطن على بطن، قال: ومن استغنى منهم عن حظه من الشرب، فليس له أن يعطى حظه أحدًا، وسائر أهل البئر أولى منه.

ومن غاب وأوصى بثلث بئر ماشيته لإنسان، فقد قال أشهب عن مالك: إن البئر لا يباع، ولا يورث، يعنى أن الوصية لا تنفذ فيه؛ لأنه وجه من العطية كالهبة. قال أشهب فى المجموعة: لا يباع بئر الماشية لأنه إذا كان فضلها لغيره، فقد اشترى من مائها ما يرويه، وذلك مجهول.

فرع: فإذا قلنا بالمنع من بيع بئر الماشية، فظاهره فى المدونة أنه على الكراهية لأنه قال: إنه كره بيع مواجل الطريق، وإنما كان يعتمد فى ذلك على الكراهية، وهى كالآبار التى تحفر للماشية. وقال فى الجعل والإجارة: ولا أرى بيع ذلك حرامًا، وبه قال الشافعى.

وظاهر ما فى المجموعة التحريم، لأنه قال: وقال مالك: لا يجوز بيع بئر الماشية، وهذا الذى حكاه القاضى أبو محمد. وقال ابن القاسم وأشهب وابن نافع عن مالك: وأما بئر الماشية، فمنع فضل مائها لا يجوز، فإنه من بيع الكلأ المباح. وقال فى المدونة: وللناس ما فضل.

وعلل ذلك أشهب بأن ما يشتريه مجهول. وقال ابن القاسم: لا يباع لأن للناس فيه حوائج، ويدل عليه نهيه ﷺ عن منع فضل الماء ليمنع به الكلأ.

وظاهر النهى التحريم، وعلى ذلك منع من أن يورث والله أعلم وأحكم. ولو كان على ما قال أشهب لجاز أن تورث وتوهب؛ لأن الجهالة لا تمنع ذلك.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى أنه إنما تنصرف الكراهية إلى أن يحفر أولا بمعنى الانفراد به. وأما إذا حكم له بحكم الإباحة لفضيلة، فإنما يجب أن يحمل على التحريم من منعه، وهو ظاهر الحديث، ومقتضى منع الزوجة والزوج من المشاركة فيه ومنع هبته.

فرع: ولم يبدأ بالشرب، قال ابن الماجشون: إن كانت لهم سنة من تقديم ذى المال الكثير لو قدم على قوم أو كبير على صغير حملوا عليه وإلا استهموا.

ووجه ذلك أن من استحق التقديم لسنة استمرت له، وإن لم يكن منهم من يستحق ذلك أسهم بينهم؛ لأنه السبيل إلى تقديم من لا يستحق التقديم بغير هذا السبب، ولا يستحق عليه.

مسألة: ولأهل البئر، قال فى المدونة: والمواجل حاجتهم من الماء لا يشركهم فيها

غيرهم؛ لأن النبى ﷺ إنما نهى أن يمنع فضل الماء وأما قدر الحاجة منه، فلم يتعلق به منع، فكان لهم بحق اليد واجبًا، وأما ما فضل منه، فالناس فيه سواء.

مسألة: وأما ابن السبيل، فقد روى ابن وهب عن مالك فى المجموعة: لا يمنع ابن السبيل من ماء بئر الماشية، وقد كان يكتب على من احتفر: أن أول ما يشرب بهذه الآبار المحدثة أبناء السبيل.

قال ابن القاسم: كل بئر كانت من آبار الصدقة كبئر الماشية وبئر السقيا أن ابن السبيل يشرب من ماء بئر الماشية، ولا يمنع من ذلك بعد أن يروى أهلها، فإن منعهم أهل الماء بعد ريهم، لم يكن عليهم دية قراهم؛ لأن النبى ﷺ قال: «لا يمنع نقع بئر»(*).

قال ابن القاسم: ولو منعوهم حتى مات المسافرون عطشًا، كانت لهم دياتهم على عاقلة أهل الماء، والكفارة على كل رجل منهم، كفارة عن كل نفس منهم مع الأدب الموجع من الإمام.

وقال أشهب فى المجموعة: لابن السبيل أن يشرب ويسقى دوابه من فضل ماء الآبار والمواجل إلا أن يكون فيه فضل، وقد اضطرت دوابهم إليه، والمسافة إلى ماء آخر بعيدة، فيكون ذلك بينهم أسوة إلا أن يكون لأهل تلك المياه غوث أقرب من غوث السفر، فيكون السفر أولى به فى أنفسهم ودوابهم.

وقد كتب عمر بن عبدالعزيز فى الآبار التى بين مكة والمدينة: ابن السبيل أولى من شرب بها، وهو حسن لاضطراره إلى ذلك، ويتزود منه، وليس بأهل القرية مثل تلك الضرورة لقرب غوثهم ومحارم بئرهم، وهم مقيمون والسفر راحلون.

مسألة: وأما الماء الذى لأهله بيعه كالبئر يحتفرها الرجل فى داره وأرضه ليبيع ماءها؛ فله أن يمنع ابن السبيل من مائها إلا بالثمن إلا أن يكون ابن السبيل لا ثمن معه، وإن منع خيف عليه أن لا يبلغ الماء، فلا يمنع، فإن منع، جاهدهم عليه، وإن لم يخف عليه ضرر كان لهم منعه، والله أعلم.

فصل: وأما ما يحدث فى المياه من الحيتان، ففى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك فى البركة والغدر والبحيرة فيها الحيتان: لا يعجبنى أن يبيعها أهلها، ولا ينبغى أن يمنعوا تصيدها. وروى ابن حبيب عن أصبغ أن ابن القاسم سوى بين الناس فيما كان فى ملكهم أو فى غير ملكهم كالكلأ.

(*) سيأتى تخريجه فى الحديث رقم ١٤١١.

وقال أشهب فى المجموعة: من كانت له عين أو غدير فيها سمك، فإن كان طرح فيها سمكا فتوالدت، فهو أولى به، وإن كان ذلك جاء مع الطين، فليس له أن يمنع من يصيد فيه إلا أن يضر به الصيادون. وقال فى المجموعة سحنون: له أن يمنع مراعى أرضه وحيتان غديره؛ لأن ذلك فى ملكه وحوزه، وذلك سواء.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: ما كان من ذلك ملكا له، وفى حوزه، فله منع الناس منه، وما كان فى الأنهار والخلج التى لا تملك، فليس لمن دنا إليه بسكناه، وحقه أن يمنع منه طارئًا.

فصل: وقوله ﷺ: **«لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ»** قيل إنه يقتضى النهى عن الذرائع، ومعنى ذلك أن منع فضل الماء ليتسبب به إلى منع الكلأ المباح لا يقدر على رعيه من منع فضل الماء والمانع فيما يحتاج إليه من الماء يقصد غالبًا الانفراد بالكلأ، فمنع من ذلك، ووجب على هذا على أصل مالك وأصحابه فى الذرائع أن يمنع منه من قصد الكلأ ومن لم يقصده، والله أعلم.

مسألة: وأما الكلأ، فعلى ضربين، ضرب فى فيافى الأرض، وضرب فى العمارة، قال مطرف: فما كان فى فيافى الأرض، فلا يجوز لأحد أن يمنعه غيره، ولذلك نهى النبى ﷺ عن منع فضل الماء ليمنع بذلك الكلأ.

قال ابن القاسم فى المجموعة: إنما ذلك فى الفيافى والقفار فتقرر من ذلك أنه لا يحمى شىء من ذلك الكلأ، ولو جازت مباشرته بالمنع لما احتاج المانع له أن يمنع فضل الماء ليتوصل به إلى منع الكلأ.

ووجه آخر أن النهى إنما توجه إلى منع فضل الماء وأن يتوصل به إلى منع الكلأ، ولم يتوجه به إلى المنع من فضل الماء، وإنما تضمن ذلك المنع من الكلأ على الإطلاق.

وأما ما روى عن النبى ﷺ أنه حمى البقيع لخيله، وأن أبا بكر حمى الربذة، وأن عمر حمى سرف والربذة، فإن ذلك إنما هو أن يحمى موضعًا لا يقع به التضييق على الناس للحاجة العامة إلى ذلك لماشية الصدقة التى يحتاج إليها، والخيل التى يحمل عليها.

وقد روى عن عمر أنه قال: والذى نفسى بيده، لولا المال الذى أحمل عليها فى سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبرًا، إنها لبلادهم قاتلوا عليها فى الجاهلية، وأسلموا عليها فى الإسلام.

وقد روى ابن شهاب عن عبدالله بن عبدالله عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «لا حمى إلا لله ولرسوله» يريد والله أعلم، أنه لا يمنع الناس منها إلا لما كان لله تبارك وتعالى كإبل الصدقة، فلا يكون ذلك إلا فيما ذكرناه من فيافى الأرض التى هى لجماعة المسلمين أو من حقوق قوم من العرب، فلا يصح أن يمنعوا منها إلا بهذا الوجه.

وأما منعهم إياها من غيرهم، فليس لهم ذلك فيما بينهم ومن عرف منهم بمرعى لطول مقامه به أو استيلائه عليه وإسلامه عليه، فقد قال ابن عبدوس: ما أسلم عليه القوم من أرض الأعراب وفيافيهم إذا لم يكن فيها فضل عن رعى ماشيتهم، لم يكن لغيرهم من قبائل العرب والناس الدخول عليهم فيها، ولهم منعهم منها، وليس لهم بيع ذلك بمنزلة بئر ماشيتهم هم مبدؤون بمائها وبرعى كلأها ولهم منع فضلها، ويدل على هذا قول ابن الماجشون فى بئر الماشية يموت صاحبها: أنها لورثته لا حق فيها لزوج ولا زوجة إذا لم تكن من ذلك البطن.

وقد روى ابن سمعان عن رجال من أهل العلم فى إحياء أهل البادية ينزل بهم قوم يريدون المقام معهم: لهم ميل فى ميل لمرعى غنمهم، ولقاحهم، ومرابط خيلهم، ومخرج نسائهم، وكان سحنون يعجبه حديث ابن سمعان هذا.

وروى عن عمر بن عبدالعزيز أنه قال: لهم مائتا ذراع بحيث لا تبين المرأة، ولا يسمع الصوت، وهذا يحتمل أن يكون لما تقدم من أنهم يملكون ذلك ملكًا غير تام أو يملكون الانتفاع به.

قال عبدالملك: إذا كانت معروفة لحى من العرب، فإنها حقهم فلهم منعها، وملكهم إياها كالعمرى، وهو بخلاف حق من شرى أو أحيا أو ورث أو وهب له. وقال غيرهم: ليس ملكهم لها بالتام. ويحتمل أن يكون بمعنى الضرر اللاحق بالمجاورة.

قال سحنون عن ابن وهب: فهذه الأحمية إنما كانت فى مثل هذه الأراضى بالبقيع قدر ميل فى ستة أميال ما بين ميل إلى ميلين، واستعمل أبو بكر على حماية الربذة قرطة بن مالك، وكان ما حمى منها قريبًا من خمسة أميال فى مثلها، ولم يزد على ذلك عمر بن الخطاب، واستعمل عليه مولاه سلامة، وحمى بسرف نحوًا مما حمى بالربذة، واستعمل عليه مولاه هنيًا.

مسألة: وأما ما كان منه فى القرى ومواضع العمارة، فلا يخلو أن يكون لغير معين كمسارح القرى أو لمعين كأرض رجل بعينه.

فأما ما كان لغير معين، وهو من مسارح القرى، فمبنى على ما تقدم من جواز قسمتها أو منع ذلك، فمن جوز قسمتها، أجراها مجرى الملك المعين، ومن منع اقتسامها، أجراها مجرى مسارح الفيافى لاسيما على قول من قال: إن أهلها الذين أسلموا عليها أحق بها.

قال ابن القاسم فى المجموعة: وأما القرى والأرضون التى عرفها أهلها، فلهم منع كلأها، عند مالك، إن احتاجوا إليه.

مسألة: وأما ما كان فى أرض رجل معين، فلا يخلو أن يكون محظرًا عليه، أو غير محظر عليه، أما ما كان محظرًا عليه، فقد قال عيسى بن دينار فى المدنية: له منعه وبيعه وما لم يحظر عليه، فلا يجوز منعه إلا أن يحتاج إليه لماشيته ودابته.

وفى المجموعة عن ابن القاسم عن مالك فى الرجل له أرض فيها العشب أن له أن يمنعه إن كان له به حاجة، وإلا فليس له ذلك، ويخلى بين الناس وبينه، وله بيع مراعى أرضه سنة بعد أن يطيب، ويبلغ أن يرعى ولا يبيعه عامين.

قال عيسى بن دينار فى العتبية: سألت ابن القاسم عن قول مالك، وكذلك قال ابن حبيب: سألت مطرفًا عن قول مالك: وإن، كانت له أرض، فله منع كلأها إن احتاج إليه، وإلا فليخل بين الناس وبينه، ومن قوله: لا بأس ببيع خصب أرضه عامه ذلك إذا بلغ أن يرعى، فأى خصب يبيحه للناس، وأى خصب يبيعه، فقال: الخصب الذى يمنع الناس منه، وإن لم يحتج إليه فى ماء مرجه وحماه. وأما الذى ليس له منعه ولا له بيعه إلا أن يحتاج إليه، فما كان من خصب فدادينه وفحوص أرضه.

قال ابن حبيب: وسألت ابن الماجشون عن ذلك، فساوى بين الوجهين، وقال: هو أحق بخصب أرضه البيضاء كلها التى يزدرعها إن لم يكن حمى ولا مرج إن شاء باع، وإن شاء منع أو رعى، وإنما لا يحل له بيعه ولا منعه إن لم يحتج إلى رعايته خصب القناء من منزله.

قال أصبغ: ورأيت أشهب ينكر رواية ابن القاسم عن مالك أن للرجل منع خصب أرضه، وكان لا يجيز بيع الكلأ بحال، وإن كان فى أرضه وحماه ومرجه وإنما الكلأ كالماء الذى يجريه الله على وجه الأرض، فلا يملك ولا يباع، وهو لمن أنبته الله فى أرضه له أن يحميه لمنافعه.

فإن استغنى عنه لم يكن له منعه ممن احتاج إليه، ولا يبيعه إلا أن يحتزه، ويحتمله كما

يفعل الناس فى بيعه، ولو كان هذا لمن هو فى أرضه كان ذلك للإمام فى أرض العنوة.

وفرق عيسى بين ما حظر عليه وبين ما لم يحظر عليه من أرضه، والفرق بينهما أن ما حظر عليه يلحقه المضرة برعى عشبه والتوصل إليه بإفساد حظاره، ولذلك قال: من كانت له أرض فيها عشب له وحواليها أرض مزروعة له، يضر به الدخول إلى رعيها من مزارعه لم يكن لأحد ذلك، وهذا إنما يقتضى المنع من الرعى لا من الاحتشاش. وأما المنع من ذلك كله، فإنما هو لأنه يرى أنه يملكه بالحظر عليه كما يتملكه بالاحتشاش لكونه فى ملكه ويده.

وفرق فى رواية ابن القاسم عن مالك بين مراعى أرضه وبين عشب مزارعه أن مراعى أرضه لذلك اتخذت، وأما عشب مزارعه، فلم تتخذ لذلك، وإنما اتخذت عنده للزرع، وأما العشب، فعلى حكم بئر الماشية.

ووجه قول أشهب فى منع العشب جملة أن أصله الإباحة كالمياه التى هى فى أصل مباح، وفرق بين المياه فى الأرض المملوكة والكلأ فى الأرض المملوكة، أن الكلأ فى الأرض المملوكة ليس من منافعها المقصودة، فصارت كظلال الثمار التى ليس لأرباب الثمار منعها، والله أعلم وأحكم.

١٤١١ - مَالِك عَنْ أَبِى الرِّجَالِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ أُمِّهِ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهَا أَخْبَرَتْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لا يُمْنَعُ نَقْعُ بِئْرٍ».

الشرح: قوله: «**لا يمنع نقع بئر**» قال مالك فى المجموعة: معناه لا يمنع رهو بئر.

قال القاضى، رضى الله عنه: ومعنى ذلك عندى منع فضل الماء، وقد قال ذلك جماعة من العلماء فى الواضحة قال مالك: إن النبى ﷺ قال: «**لا يمنع نقع بئر**» وفى حديث غيره: «**ولا رهوها**» قال أبو الرجال: النقع والرهو، الماء الواقف الذى لا يسقى عليه أو يسقى عليه وفيه فضل.

قال ابن حبيب: قال مطرف عن مالك فى تفسير نقع بئر أو رهوها: البئر يكون بين الشريكين يسقى هذا يومًا، وهذا يومًا، وأقل من ذلك وأكثر، فيسقى أحدهما، فيروى نخله وزرعه فى بعض يومه أو يستغنى يومه ذلك عن السقى، فيريد صاحبه أن يسقى بمائه فى ذلك اليوم: ليس له منعه مما لا ينفعه حبسه ولا يضره بذله.

١٤١١ - أخرجه ابن ماجه فى الأحكام ٢٤٩٧. وأحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٤٢٩٠، ٢٤٥٦٤، ٢٥٦١٦، ٢٥٧٧٩.

وقال مالك: وأما أن يكون البئر لأحد الرجلين فى حائطه، فيحتاج الذى لا شرك له فى البئر إلى أن يسقى حائطه بفضل مائها، فليس له ذلك إلا لكون بئره تهورت، فيقضى له أن يسقى بفضل ماء جاره إلى أن يصلح بئره، ويدخل حينئذ فى تفسير الحديث «لا يمنع نقع بئر»، وليس له أن يؤخر إصلاح بئره اتكالا على فضل ماء جاره.

قال ابن حبيب: وقاله ابن الماجشون، وقال لى ابن عبدالحكم وأصبغ: هو قول ابن وهب وابن القاسم، وروايتهم عن مالك.

ومعنى ذلك عندى أن يكون هذا وجه استحقاقهم للماء بأن يكون من الماء الذى لا يملك أصله ولا مجراه، فيسقى به الأعلى فالأعلى، فمن استغنى منهم عن السقى بما يستحق من ذلك كان للآخر أن يسقى به أو يكون لا منفعة فى ذلك الماء إلا لسقيها خاصة، فإذا استغنى أحدهما عن حصته كان الآخر أولى بالانتفاع بها من تضييعها، وليس لشريكه أن يقول: أنا أوثر ضياعها على انتفاعك عندى.

ويحتمل عندى أن يكون يريد بذلك منع فضل بئر الماشية على ما تقدم، ويحتمل أن يريد به ما فضل من ماء رجل عن زرعه أو حائطه، فيسقى جاره بذلك الفضل بشروط، أحدها أن يكون زرع أو غرس على أصل ماء، فانهارت البئر أو غارت العين.

فأما أن يغرس أو يزرع على غير أصل ماء، فليس له أن يسقى بفضل جاره إلى أن يصلح بئره، رواه عن مطرف عن مالك، وبه قال ابن الماجشون. وقال ابن عبدالحكم وأصبغ: وبه قال ابن وهب وابن القاسم وأشهب، وروايتهم عن مالك.

ووجه ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لا يمنع نقع بئر» وقد تقدم من قول أبى الرجال وغيره أنه فضل الماء. وقد روى: «لا يمنع رهو ماء» والرهو الزائد.

ومن جهة المعنى أن المياه مبنية على المواساة، ولذلك كان فضل ماء بئر الماشية مباحًا، ولذلك أمر الأعلى أن يرسل إلى لأسفل ما فضل على قدر حاجته من الماء، ولا يؤمر بإرسال ما يمكنه الاستئثار به من سائر المتملكات.

فإذا ثبت ذلك كان من دعته ضرورة إلى فضل ماء جاره أن يكون أحق به من تضييعه أو بذله لغيره، وإذا كانت الشفعة ثابتة فى الأملاك لرفع الضرر بسببها، وكان أصلها المشاحة، فبأن تثبت المواساة فى المياه للضرورة الشائعة فيها مع كونها مبنية على المواساة أولى.

وليس كذلك من غرس على غير ماء، فإنه لم يكن مضطرًا. وقد قال الشافعي: لا يمنع الجار جاره أن يغرز خشبة في جداره، إذا لم يكن عليه في ذلك مضرة بينة، ويقضى بذلك عليه، فالقضاء عليه في الماء أبين. وقد ورد النهي فيها عامًا والله أعلم.

مسألة: والشرط الثاني أن يخاف على زرعه أو نخله من عدم الماء، فإن لم يخف على زرعه، لم يكن له في فضل ماء جاره، قاله أشهب في المجموعة عن مالك.

ووجه ذلك أنه إنما أبيح له ذلك للضرورة، فإذا لم يخف على زرعه، فليس بمضطر كالذي يضطر إلى الطعام، ويجد مال غيره، فإن له أن يأكل منه ما يصرف عنه الضرورة، وليس له ذلك مع عدم الضرورة.

مسألة: والشرط الثالث أن يفضل ماء صاحب البئر عن حاجته، ويستغني عنه، فإن لم يفضل عنه شيء، لم يكن له أن يأخذ منه ماءه، وهو يحتاج إليه، قاله في المجموعة ابن القاسم وابن وهب وابن نافع وأشهب عن مالك.

ووجه ذلك أنهما إذا تساويا في الحاجة، فصاحب الماء أحق به كحالة الغنى عنه.

مسألة: والشرط الرابع إذا تساويا في الماء، فصاحب الماء أحق أن يشرع من انهارت بئره أو غارت عينه في إصلاحها على حسب المعروف والإمكان، فإن ترك ذلك واعتمد على السقي من ماء جاره، فقد روى أشهب في المجموعة عن مالك: ليس له أن يسقيها إن كانت روت حتى يبلغ، وإنما ينظر في هذا الماء إلى قدر ما نزل به، وقال مطرف في الواضحة: سقى بذلك إلى أن يصلح بئره، وقاله مالك.

ووجه ذلك أن هذا إنما أبيح له مع الضرورة التي ذكرناها، والذي يترك إصلاح بئره واسترجاع مائه غير مضطر، وذلك مثل الذي يضطر إلى أكل مال غيره لضرورة عدم ما يشتريه، لا يباح له أن يقيم، ويأكل من ماء غيره، وإنما يباح له أن يأكل منه قدر ما يبلغ به إلى موضع الوجود مع شروعه في ذلك.

فرع: إذا ثبت ذلك، فهل يقضى على صاحب فضل الماء أن لا يمنعه؟ في المزنية عن عيسى: لا يقضى عليه بذلك، ورواه ابن نافع، وإنما يؤمر به. وروى أصبغ عن ابن القاسم عن مالك: يقضى عليه بذلك لجاره، ويجبر عليه.

وجه قول عيسى أن هذا ملكه، فكان له منعه من جاره ليصلح به حاله كدنانير ودراهمه.

ووجه قول ابن القاسم الحديث المتقدم قوله ﷺ: «لا يمنع نقع بئر» ومعناه على ما تقدم فضل مائه.

فصل: فإذا قلنا إنه يحكم عليه بذلك، فهل يقضى له بثمنه؟ قال فى المدنية: روى عنه أصبغ، وذلك عندى إذا أتى بالثمن. وقال فى رواية غيره: بلا ثمن.

وجه الرواية الأولى فى إثبات الثمن أنه عقد تمليك وجب الحكم به لدفع ضرورة، فكان ذلك بالعوض كالشفعة.

ووجه الرواية الثانية فى نفيه أنه لما حكم عليه بتسليم الماء دون انتقال ملكه عنه، ولا انتقاله إليه كان ذلك بغير عوض كالاستحقاق، ولأنه فضل ما يقضى به، فلم يكن له ثمن كبئر الماشية. وقال أشهب فى المجموعة: إن كان عنده ثمن، فله فضل ما يكون بالثمن، وإن لم يكن عنده ثمن، سقيت له بغير ثمن.

فرع: وإذا قلنا إنه لا يقضى عليه به، فقد قال فى المدنية: إن باعه، كان جاره الذى انقطع ماؤه أولى به بالثمن.

ووجه ذلك أن انتقال الملك مؤثر فى أن يكون من يدفع به الضرورة أولى به كالشفعة فى الشرك من الأرضين والرباع.

* * *

القضاء فى المرافق

١٤١٢ - مَالِك، عَنْ عَمْرِو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِىِّ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لا ضَرَرَ وَلا ضِرَارَ»(١).

١٤١٢ - أخرجه ابن ماجة برقم ٢٣٤٠، ٧٨٤/٢ كتاب الأحكام، عن عبادة بن الصامت. وأحمد ٣١٣/١، عن ابن عباس. والبيهقى فى الكبرى ٦٩/٦، عن أبى سعيد الخدرى. والحاكم فى المستدرك ٥٨/٢، عن أبى سعيد الخدرى. والطبرانى فى الكبير ٨١/٢، عن ثعلبة. والدارقطنى ٧٧/٣، عن أبى سعيد الخدرى. وذكره الهيثمى فى المجمع ١١٠/٤ وعزاه للطبرانى، عن عائشة.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٢٣/٨: لم يختلف، عن مالك فى إسناده هذا الحديث وإرساله هكذا. وقد رواه الدراوردى، عن عمرو بن يحيى، عن أبيه، عن أبى سعيد الخدرى، عن النبى ﷺ. ورواه كثير بن عمرو بن عوف، عن أبيه، عن جده، عن النبى ﷺ. وإسناد كثير هذا، عن أبيه، عن جده غير صحيح.

الشرح: قوله: «**لا ضرر ولا ضرار**» يحتمل أن يريد به التأكيد، فيكون معنى الضرر والضرار واحدًا، واختار ابن حبيب هذا القول، ويحتمل أن يريد به: لا ضرر على أحد، بمعنى أنه لا يلزمه الصبر عليه، ولا يجوز له إضراره بغيره. وقال الخشنى: الضرر، هو ما لك فيه منفعة، وعلى جارك فيه مضرة، والضرار، ما ليس لك فيه منفعة، وعلى جارك فيه مضرة.

ومعنى ذلك، والله أعلم، أن الضرر ما قصد الإنسان به منفعة نفسه، وكان فيه ضرر على غيره، وأن الضرار ما قصد به الإضرار لغيره، قال الله تعالى: ﴿**والذين اتخذوا مسجدًا ضرارًا وكفرًا وتفريقًا بين المؤمنين**﴾ [التوبة: ١٠٧].

ويحتمل عندى أن يكون معنى الضرر أن يضر أحد الجارين بجاره، والضرار أن يضر كل واحد منهما بصاحبه؛ لأن هذا البناء يستعمل كثيرًا بمعنى المفاعلة كالقتال والضراب والسباب والجلاد والزحام، وكذلك الضرار، فنهى النبى ﷺ عن أن ينفرد أحدهما وغيره بالإضرار بجاره عن أن يقصدا ذلك جميعًا.

وليس استيفاء الحقوق في القصاص من هذا الباب؛ لأن ذلك استيفاء الحقوق أو ردع عن استدامة ظلم، وإنما الضرار فيما ليس فيه إلا مجرد الإضرار بصاحبه. فأما الضرر على هذا التأويل، فمثل ما يحدثه الرجل فى عرضته مما يضر بجيرانه من بناء حمام أو فرن للخبز أو لسبك ذهب أو فضة أو كير لعمل الحديد أو رحى مما يضر بالجيران، فقد قال ابن القاسم عن مالك فى المجموعة: إن لهم منعه، وقاله فى الدخان. قال: وأرى التنور خفيفًا.

ووجه ذلك أن ضرر الفرن والحمام بالجيران بالدخان الذى يدخل فى دورهم ويضر بهم، وهو من الضرر الكثير المستدام، وما كان بهذه الصفة منع إحداثه على من يستضر به.

مسألة: فأما الرحا، فإن الذى ينال منها الجيران أمران، أحدهما: إفساد الجدران، فإن ثبت أن هذا يضر بالجدران يهدمها، فإنه من الضرر الذى يمنع، وأما صوتها، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فى الغسال والضراب يؤذى جاره وقع صوتهما: أنه لا يمنعهما من ذلك، فيحتمل رواية ابن القاسم الخلاف فى ذلك؛ لأنه لم يبين وجه الضرر الذى يمنع منه.

ووجه القول الأول عندى إنما ذلك فى الصوت الصغير الذى ليس له كبير مضرة، أو

يكون فى بعض الأوقات، ولا يستدام. وأما ما كان صوتًا شديدًا أو يستدام كحوانيت الكمادين تتخذ عند دار الرجل أو حوانيت الصفارين، أو الرحا التى لها الصوت الشديد، فإنه ضرر يمنع منه، والله أعلم.

ووجه القول الثانى أنه ضرر يصل إليه فى منزله، فتعلق المنع به كضرر الرائحة.

مسألة: وأما الدباغ يؤذى جيرانه بنتن دباغه، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: يمنع منه.

والفرق بينه وبين الصوت على أصلهما أن هذا ضرر دائم، فوجب أن يمنع منه كسائر ما يحدث من الضرر الممنوع.

مسألة: ومن ذلك الكنيف، يحدثه الرجل، فيضر بجدار جاره بما يدخل من الرطوبة والبلل فى ملك جاره.

ووجه ذلك أنه أحدث على جاره فسادًا فى ماله، فمنع منه كالهدم.

مسألة: ومن كان له أندر إلى جانب جنان رجل يضر به تبنه، قال مطرف وابن الماجشون: يمنع من ذلك. وقال سحنون فى العتبية: إذا كان الأندر قبل بنيان الجنة لم يغير.

وجه القول الأول أن البنيان، وإن كان محدثًا، فإن لصاحبه أن يمنع صاحب الأندر، وإن كان قديمًا يمنع من وقوع تبنه فى أرضه كما يمنع ماشية قديمة من الدخول إلى أرضه، وبالله التوفيق.

ووجه قول سحنون أنها منفعة استحقها بالقدم، فلم يمنع منها.

مسألة: ومن رفع جداره، فمنع جاره من ضوء الشمس ومهب الريح، فقد روى ابن نافع عن مالك فى المجموعة: لا يمنع من ذلك، وقاله ابن القاسم. وهو فى كتاب البنيان من رواية ابن القاسم عن مالك.

وقال ابن كنانة: إلا أن يفعل ذلك ليضر بجاره دون منفعة له، فإنه يمنع منه.

ووجه ذلك أن ما فعله فى ملكه لم يوجب إدخال شىء مما لم يستثبت منه فى ملك جاره، ولا يمنعه المنفعة المقصودة من داره، فلا يمنع من عمله فى أرضه.

ووجه آخر أنه لو جاز ذلك لبطل البنيان لأن ما من أحد يبنى حائطًا فى آخر ملكه

إلا ولابد أن يمنع الشمس من ملك جاره ويمنع الريح، ولما أجمع المسلمون على جوار البنيان، وإن منع هذا، فكان فى مسألتنا مثله.

مسألة: ومن كانت له أرض ملاصقة أندرًا لغيره، فأراد أن يبنى فيها ما يمنع الريح عن الأندر، ويقطع منفعته، قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: لا يمنع من ذلك.

وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: أنه يمنع ما يضر بجاره فى قطع مرافق الأندر التى تقادم. وقال ابن نافع: ليس لأحد أن يحدث بقرب الأندر ما يضر بصاحب الأندر، وإن احتاج إلى البنيان. وقد قال ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، وقاله سحنون.

ووجه القول الأول ما احتج به سحنون فى العتبية أن للبانى أن يبنى، فإن منع هبوب الريح، منع، كما منع هبوب الريح وضوء الشمس من دار جاره.

ووجه القول الثانى أن المقصود من الأندر هذه المنفعة، فليس لأحد أن يقصد منها ما يمنع منها كسكنى الدار.

مسألة: ومن اتخذ كوى وأبوابًا، يشرف منها على دار جاره وعياله، فقد قال مالك وابن القاسم: يمنع من ذلك كله.

قال مالك: وذلك إذا كان ينال بالنظر. وقال ابن القاسم فى كتاب البنيان: إذا كانت من كوى لاحقة بالسقف أو مقاربة له، لا يطلع منها لم يمنع من ذلك، وأما ما يطلع منه، فإنه يمنع.

وقال ابن وهب عن مالك نحوه، وزاد: لا يكلف الأسفل أن يعلى بنيابه حتى لا يراه.

ووجه ذلك أن هذه مضرة، أحدثها على جاره فى مسكنه، فلزمه إزالتها.

مسألة: ومن بنى مسجدًا على ظهر حوانيت له، وجعل له سطحًا يطلع منه على دار رجل، فإن بانى المسجد يجبر على أن يستر على سطح المسجد، ويمنع الناس من الصلاة فيه حتى يتم الستر.

ووجه ذلك أن المسجد قد أحدثه البانى، ولا يمكن هدمه، ولا يمكن من الإضرار بالرجل، فعليه أن يستر عليه؛ لأنه أحدث الضرر عليه كما لو أحدثه فى داره.

مسألة: ومن بنى غرفة، وفتح فيها أبوابًا وكوى، يطلع منها على قاعة لغيره، فأراد

صاحب القاعة منعه من ذلك، وقال: هذا يضر بى إذا بنيت فقد قال ابن الماجشون: ليس له منعه. وقال مطرف: له منعه، قبل أن يبنى وبعد أن يبنى.

ووجه القول الأول أن هذا مما لا مضرة على صاحب القاعة فيه حين بنائه، وإنما يراعى الضرر حال حدوثه لا ما يؤول إليه بعد ذلك.

ووجه قول مطرف أن من منافع صاحب القاعة أن يبنى فيها دارًا، فليس لمن بنى الغرفة أن يحدث عليه ما يمنعه من تلك المنفعة، ولا ما يضره فيها.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن الماجشون: ليس له منعه عند إحداث الاطلاع أنه يطلع منه على موضع لا يستضر بالاطلاع عليه، وإن بنى فى القاعة دارًا لم يكن له أيضًا أن يمنعه الاطلاع؛ لأنه قد استحق ذلك لقدم إطلاعه قبل بناء داره، قاله ابن الماجشون.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وأذكر أنى رأيت لابن القاسم أن له منعه إذا بنى. وجه قول ابن الماجشون ما تقدم. ووجه القول الثانى الذى أوردته لابن القاسم أنه لم يكن له منعه قبل البناء؛ لأنه يمنعه بذلك منفعة أرضه، ولا أدخل عليه ضررًا باطلاعه، فإذا بنى الثانى دارًا يضر به الاطلاع كان له منعه بتقدم ملكه.

مسألة: ولا يخلو أن يكون الضرر فيما لا يتزايد أو فيما يتزايد، فإن كان مما لا يتزايد، فقد روى يوسف بن يحيى عن ابن مزين: ما كان من الضرر باق على حال واحدة، لا يتزايد كفتح الأبواب والكوى وشبهه، فإنه يستخفه من أحدثه بطول الزمان، وما يحدثه الرجل، فيمسك عنه جاره لما يقوم عليه بعد زمان، فما كان يتزايد ضرره كالكنيف يحدثه، فإن شكا جاره الضرر بعد طول زمان، فله أن يغيره، وكذلك ما يفتحه كمستنقع الماء، وكذلك الدباغ، إن ضرر ذلك يتزايد، فعلى هذا الضرر الذى هو أقدم مما يضر به لا يغير قولاً واحدًا.

وما أحدث بعد ما يضر به، فعلى قسمين، أحدهما: أن يترك القيام عليه، والمنع منه حتى يطول زمانه، ويستحق، فما كان منه لا يتزايد أو يتزايد، فعلى ما تقدم.

والقسم الثانى أن يقام بمنعه عند إحداثه، فهذا لا خلاف فى المنع منه وإزالة الضرر به، وبالله التوفيق.

مسألة: ومن فتح مطلعًا على دار غيره، فلما قام عليه سد ذلك، فطلب أن يسدها من خلف بابها، فقد قال سحنون فى كتاب ابنه: ليس له ذلك، وليقلع الباب ويسده؛

لأن ترك الباب يوجب الحيازة بعد اليوم، يشهدون له أنهم يعرفون هذا الباب منذ سنين كثيرة، فيصير حيازة.

مسألة: ومن باع دارًا، وقد أحدث عليه جاره مطلعًا، أو مجرى ماء أو غيره من وجوه الضرر، فيما له فيه القيام، فقد قال مطرف وابن الماجشون: إن كان المانع لم يقم فى ذلك حتى باعها، فلا قيام للمشترى، فلو كان قد قام فخاصم، فلم يتم له الحكم حتى باع بعد القيام، فللمشترى أن يقوم ويحل محله، وقاله أصبغ.

وجه ذلك أن ترك من أحدث عليه الضرر القيام فى ذلك حتى باع يقتضى الإباحة، وأنه باع على أن ذلك حق قد تخلى عنه لمحدثه، وإذا باع بعد القيام فيه، فقد أظهر أنه لم يبح له ذلك، ولا أقره عليه، وقد باع الدار بجميع منافعها، وإزالة الضرر من جملة ذلك.

مسألة: ومن كانت فى داره شجرة إذا صعد فيها ليجنيها اطلع على دار جاره، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: لا يمنع من ذلك كانت قديمة أو حديثة، بخلاف الغرفة، ولكن يؤذن جاره.

وروى عبدالملك بن الحسن فى العتبية عن ابن وهب نحوه، ومعنى ذلك أنه ليس هذا الاطلاع مما يستدام، وإنما يفعل فى الندرة على وجه الاجتناء وتحصيل المنافع، لا على وجه الاطلاع والنظر كما لو اطلع على سقفه لإصلاحه.

فصل: وهذا كله فى الضرورة، وأما العام فمثل تضييق الطرق وما جرى مجراه، فهذا يمنع منه وأما إخراج العساكر والأجنحة على الحيطان إلى طرق المسلمين، فقد روى ابن القاسم عن مالك: لا بأس بذلك. قال ابن القاسم: واشترى مالك دارًا لها عسكر، فقال: إلا أن يكون جناحًا بأسفل الجدار حيث يضر بأهل الطريق، فإنه يمنع منه. وقال أبو حنيفة: يمنع منه على كل حال.

والدليل على ذلك أنه منفعة مباحة يحتازها لا مضرة فيها على غيره، ولا تضييق لفنائه، فلم يمنع من ذلك كضوء السراج، وظل الحائط.

مسألة: ومن بنى بنيانًا يطل منه على غيره، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: من بنى على شرف، يطل منه على موردة القرية على قدر غلوة أو غلوتين، فإن كان لإشراف مكانه فقط، لم يمنع، وإن وجد عنه مندوحة، وكذلك إن أطل من ذلك الشرف على دور جيرانه، لم يمنع إذا كان ذلك حال ذلك الموضع

قبل البناء، وإن كان إطلاعه على الموردة يعليه فتح بابها إلى الموردة أو كوى منع ذلك.

ووجه ذلك أن ما كان من خلق البارى وحال بقعة الأرض، لم يمنع؛ لأنه أمر قد تقادم واستحق، وإنما يغير المحدث.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالضرر على ضربين محدث وقديم، فأما المحدث فقد تقدم حكمه. وأما القديم، فقد قال سحنون فى قناة قديمة فى حائط رجل: لا يغير القديم، وإن أضر بجاره، وكذلك قال فى الأفران، توقد للفخار بين دور قوم، ربما شكا جيرانها دخانها: أن القديم منها لا يعرض له. وقال ابن القاسم فى المجموعة: من كانت له كوة قديمة، يضر بجاره، لا أمنعه من القديم.

وهذا كله على نص غير ما ذكر عن مطرف وابن الماجشون فى تبن الأندر، فإنهما منعا منه، ويلزمهما مثل ذلك فى القناة القديمة فى الحائط، والله أعلم وأحكم.

١٤١٣ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ الأعْرَجِ، عَنْ أَبِى هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لا يَمْنَعُ أَحَدُكُمْ جَارَهُ خَشَبَةً يَغْرِزُهَا فِى جِدَارِهِ». ثُمَّ يَقُولُ أَبُو هُرَيْرَةَ: مَا لِى أَرَاكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ، وَاللَّهِ لأرْمِيَنَّ بِهَا بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ[(١)].

١٤١٣ - أخرجه البخارى فى المظالم والغصب ٢٤٦٣، الأشربة ٥٦٢٧. ومسلم فى المساقاة ١٦٠٩. والترمذى فى الأحكام ١٣٥٣. وأبو داود فى الأقضية ٣٦٣٤. وابن ماجه فى الأحكام ٢٣٣٥. وأحمد فى باقى مسند المكثرين ٧١١٣، ٧٢٣٦، ٧٦٤٥، ٨١٣٥، ٨٩٠٠، ٩٤٧٧، ٩٦٤٥.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٢٧/٨: هكذا يقول ابن عيينة فى هذا الحديث: «إذا استأذن» وكذلك رواية ابن أبى حفصة وعقيل وسليمان بن كثير: «إذا سأل أحدكم جاره أن يضع خشبة فى جداره فلا يمنعه».

هكذا روى هذا الحديث جماعة رواة الموطأ، عن مالك بهذا الإسناد كما رواه يحيى، ورواه خالد بن مخلد، عن مالك، عن أبى الزناد، عن الأعرج، عن أبى هريرة، وقد يحتمل أن يكون، عند مالك بالإسنادين جميعا، ولكنه فى الموطأ كما ذكرت لك.

وروى الليث بن سعد هذا الحديث عن مالك، فقال فيه: من سأله جاره. حدثنا خلف بن قاسم، حدثنا أحمد بن الحسن الرازى، حدثنا هارون بن كامل. وحدثنا خلف، حدثنا محمد بن أحمد بن المسور، حدثنا مطلب بن شعيب، قالا: حدثنا عبدالله بن صالح، حدثنا الليث بن سعد، حدثنى مالك، عن ابن شهاب، عن عبدالرحمن بن هرمز الأعرج، عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «من سأله جاره أن يغرز خشبة فى جداره فلا يمنعه». =

الشرح: نهيه ﷺ عن أن يمنع جاره يغرز خشبه فى جداره. روى فى المجموعة ابن نافع عن مالك أن ذلك على وجه المعروف والترغيب فى الوصية بالجار، ولا يقضى به، وقد كان أبو المطلب يقضى به عندنا، وما أراه إلا دلالة على المعروف، وإننى منه فى شك.

وروى ابن وهب عن مالك: هو أمر رغب رسول الله ﷺ فيه. وقال ابن القاسم: لا ينبغى له أن يمنعه ولا يقضى به عليه، وهذا على ما قال، إلا أن ظاهر الأمر عند مالك وأكثر أصحابه، الوجوب، ولكنه يعدل عنه بالدليل، وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشافعى: هو على الوجوب إذا لم يكن فى ذلك مضرة بينة على صاحب الجدار، وبه قال أحمد بن حنبل.

والدليل على ما نقوله أن الجدار ملك موضوعه المشاحة، فجاز له أن يمنع منافعه بغير ضرورة كركوب دابته ولباس ثوبه.

وقد كان أبو هريرة يصل بهذا الحديث: «**ما لى أراكم عنها معرضين، والله لأرمين بها بين أكتافهم**»، فيحتمل قوله ذلك أنه كان يحمله على الوجوب، ويحتمل أنه كان

= قال الليث: هذا – إن شاء الله – ما لنا، عن مالك، وآخره: حدثنا خلف بن قاسم، حدثنا عبدالله بن عمر بن إسحاق، حدثنا أحمد بن محمد بن حجاج، قال: حدثنى محمد بن رمح، ومحمد بن سفيان بن زياد العامرى، قالا: حدثنا الليث بن سعد، عن مالك، عن ابن شهاب، عن عبدالرحمن الأعرج، عن أبى هريرة، عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من سأله جاره أن يغرز خشبة فى جداره فلا يمنعه».

وحدثنا خلف، حدثنا عبدالله بن جعفر بن الورد، حدثنا يحيى بن أيوب بن بادى، حدثنا سعيد بن كثير بن عفير، حدثنا مالك، عن ابن شهاب، عن الأعرج، عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال: من سأله جاره أن يغرز خشبة فى جداره، فلا يمنعه.

قال سعيد بن عفير: سمعته من الليث، عن مالك، ومالك حى ثم سمعته من مالك.

قال أبو عمر: لذلك جاء به على لفظ الليث، لا على لفظ الموطأ. قال أبو جعفر الطحاوى: سمعت يونس بن عبدالأعلى، يقول: سألت ابن وهب، عن خشبة – أو خشبه – فى هذا الحديث فقال: سمعت من جماعة: «خشبة» يعنى على لفظ الواحدة.

قال أبو عمر: قد روى اللفظان جميعا فى الموطأ، عن مالك، وقد اختلف علينا فيهما الشيوخ فى موطأ يحيى على الوجهين جميعا، والمعنى واحد لأن الواحد يقوم مقام الجمع فى هذا المعنى إذا أتى بلفظ النكرة عند أهل اللغة والعربية، وكذلك اختلفوا علينا فى أكتافكم وأكنافكم، والصواب فيه، إن شاء الله وهو الأكثر: التاء.

يحمله على الندب، لكنه كان يوبخ من كان يترك إباحة ذلك لجاره، ويشح بحقه، فكان يجرى إلى توبيخه على ترك الأخذ بما ندب النبى ﷺ، ورغب فيه.

وكذلك إعراض من كان يعرض عنه يحتمل وجهين، أحدهما: أن يكون جماعة من علماء الصحابة كانوا يحملونه على الندب، ويعرضون عن حمل أبى هريرة له على ظاهر اللفظ من الوجوب، وإن أخذوا به بخاصة أنفسهم، وأباحوا ذلك لمن جاورهم رغبة فيما رغب فيه النبى ﷺ، ومبادرة إلى ما ندب إليه.

ويحتمل أن يكون جماعة ممن التابعين علموا من أبى هريرة أنه كان يحمله على الندب والترغيب، ويعيب من يتركه، ولا يعمل به، فيعرضون عما يدعوهم إليه، ويؤثرون التمسك بما لهم التمسك به، ويريد هذا التأويل أنه لو كان أبو هريرة يرى إلزامهم ذلك لحكم به، ووبخ الحكام على ترك الحكم به، ولم يوبخ الناس على ترك الإباحة لما يلزمهم إباحته؛ لأن الحكام لهم إجبارهم.

ويحتمل عندى على رواية زياد بن عبدالرحمن فى القضاء بالممر فى أرض الرجل لجاره إذا لم يضر به، أن يكون فى مسألتنا مثله، فيحمل الحديث على ظاهره، والله أعلم وأحكم.

فرع: قال مطرف وابن الماجشون: وكل ما طلبه جاره من فتح باب وإرفاق بماء أو مختلف فى طريق أو فتح طريق فى غير موضعه وشبه ذلك، فهو مثل ذلك لا ينبغى فى الترغيب أن يمنعه مما لا يضر ولا ينفعه، ولا يحكم به عليه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فمن أباح لجاره أن يغرز خشبة فى جداره، فقد قال مالك: لا ينزعه إلا أن يحتاج إلى جداره لأمر لا يريد الضرر، وبه قال ابن القاسم.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك: ليس له أن ينزعها، طال الزمان أم قصر، احتاج إلى جداره أو استغنى عنه، مات أو عاش، باع أو ورث.

ووجه رواية ابن القاسم أن صاحب الجدار أملك بجداره، وقد أباح لجاره منفعة كلفه بها مؤنة ونفقة، فليس له أن يبطل عليه نفقته وما يمون بمجرد الإضرار به، فإذا كانت له حاجة، كان أحق بماله.

ووجه الرواية الثانية ما احتج به مطرف وابن الماجشون أنه قد جاء أن لا يمنعه. وقد قال مالك ذلك على الحض. وروى عن أبى هريرة ما روى، وإذا أذن له، فلا رجوع له.

والأظهر عندى أنها عطية يتكلف من أجلها مؤنة وعمل، كما لو وعده أن يعيره شيئًا أو يعطيه إياه من أجل أن يشترى له شيئًا.

فرع: وهل يلزم ذلك بمجرد الإذن؟ الظاهر من قول مطرف وابن الماجشون أنه إذا أذن له، فقد لزمه لما تقدم من قولهما أنه إذا أذن له، فلا رجوع له، وقالا: إن ذلك مختلف فيما أذن مما يقع فيه العمل والاتفاق من غرز الخشب، وبناء أساس جدار، والإرفاق بماء العيون والآبار لمن ينشىء عليها غرسًا، ويبتدئ عملاً مما قلعه، ورده كما كان فسادًا أو ضررًا، صغرت المؤنة أو عظمت، فلا رجوع له عاش أو مات، باع أو ورث، احتاج أو استغنى، وهو كالعطية.

وما كان من ذلك لا يتكلف فيه كبير عمل ولا إنفاق، من فتح باب أو فتح طريق إلى مال الآذن أو أرضه أو إرفاق بالشفعة أو لسقى شجر قد سقيت قبل ذلك، ثم نضب ماؤها، فهذا له الرجوع إذا شاء، ويقطع ما أذن فيه، وهذا الذى قالاه فى فتح الباب، وإن لم يكن إلا فتح يدخل منه، ويخرج فصحيح جار على أصلهما.

قال ابن حبيب: وقد قال أشهب وابن نافع مثل قولهما. وقال أصبغ: ذلك كله سواء عندى ما فيه عمل وإنفاق، وما ليس فيه شىء من ذلك، إذا أباحه، وأتى عليه من الزمان ما يعار مثله إلى مثل ذلك الزمان، فله منعه إلا فى الغرس، فإنه لا يمنعه بعد ذلك.

فرع آخر: فإذا قلنا ليس له الرجوع فيما فيه إنفاق وعمل مع إطلاق الإذن، فإن شرط الرجوع فى ذلك متى شاء، فقد قال مطرف وابن الماجشون: الشرط باطل؛ لأن هذا من شرط الضرر والتغرير بالعامل والإذن نافذ بعد العمل، وهو قبل العمل على هذا الشرط غير نافذ.

ووجه ذلك أنه قد فات بالعمل، ولم يكن فيه عوض فيرد، وأما قبل العمل، فله أن يرجع عنه لما قرن به من الشرط الذى لا يجوز، والله أعلم وأحكم.

فرع: وما له أن يرجع عنه لعدم الإنفاق فيه مع إطلاق الإذن، فإذا قيده بأجل، فقد قال مطرف وابن الماجشون: ليس له الرجوع عنه قبل بلوغ الأجل.

ووجه ذلك أنه وهب له منفعة مقدرة بزمن، فليس له الرجوع فى هبته.

فرع: فإذا قلنا بقول مالك فأباح له وضع الخشب إباحة مطلقة من غير تقييد بأجل، فقد قال مالك من رواية ابن القاسم وأشهب عنه فيمن أباح لرجل البناء فى عرصته، ثم أراد منعه قبل أن يبنى: فله ذلك.

وقد تقدم من قول مطرف وابن الماجشون ما ظاهره أنه ليس له إخراجه، وقد لزمه ذلك بمجرد الإذن.

وجه قول مالك أنه أذن فيما له منعه، فكان له الرجوع فيه قبل أن يتعلق حق المأذون له فيه بالعمل. أصل ذلك إذا أذن لعبده فى التجارة.

ووجه قول ابن الماجشون أنه إذا أذن فى علم يلزمه به التمون والنفقة. أصل ذلك إذا قال: اشتر هذه الدابة، وأنا أسلفك ثمنها.

فرع: وأما إذا بنى ثم أراد إخراجه، أنه ليس له أن يخرجه إلا إن أعطاه قيمة ما أنفق.

وروى الدمياطى عن ابن القاسم: ليس له أن يخرجه، وإن أعطاه ما أنفق. وقال أصبغ: ليس له أن يخرجه، وإن أعطاه قيمته قائمًا. واختاره يحيى بن عمر. وقال أشهب فى كتبه: له إخراجه، ويأمره بقلع بنيانه أو يعطيه قيمته منقوضًا.

وجه القول الأول أن العقد غير لازم؛ لأنه إذن فى منفعة على ما تقدم، ولكنه لما تمون وأنفق، تعلق حقه بذلك، فليس له أن يخرجه إلا أن يجبر عليه ما كان إذنه سببًا لإتلافه.

وجه القول الثانى أنه عقد لازم لما اقترن بالوعد من النفقة والمؤنة.

ووجه القول الثالث أنه عقد غير لازم، فللآذن أن يرجع فيه متى شاء والمعار مفرط، حيث لم يتوثق بضرب الأجل، وبهذا احتج أشهب.

فرع: وإذا قلنا له إخراجه إذا دفع إليه حقه، ففى نوادر أبى محمد، قال فى المدونة: يدفع إليه ما أنفق، قال: وقال فى موضع آخر: إذا دفع إليه قيمة ما أنفق، وهذا الذى ثبت فى كتابى فى المدونة. وقال سحنون عن المغيرة وابن كنانة: يدفع إليه قيمة بنيانه قائمًا ونحوه.

قال مطرف وابن الماجشون عن مالك: وجه قوله يدفع إليه ما أنفق أن ذلك الذى يمونه لسبب إذنه، فكان عليه إذا أراد إخراجه عدم ذلك.

ووجه القول الثانى أنه أتلف عليه قيمة نفقته. وأما ما زاد على ذلك تبذيرًا وخطأ، فلم يجده عليه إذنه.

ووجه القول الثالث أن البنيان قد ملكه بتمامه بالنفقة، والتمون وهو الذى أتلفه عليه بإخراجه بعد الإذن، فعليه غرم قيمة ذلك.

فرع: فإذا قلنا ليس له إخراجه بقرب تمام بنيانه، فمتى يكون له ذلك، قال في المدونة: إذا استكمل ما يرى الناس أنه بنى ليسكن مثل هذه المدة لطولها. وروى عنه الدمياطي: إذا مضى من المدة مقدار ما يعار إلى مثله، فالمعنيان متقاربان.

وروى مطرف وابن الماجشون عن مالك: أن كل بانٍ وغارسٍ في أرض قوم بإذنهم أو عليهم، فلم يمنعوه، فله قيمة ذلك قائمًا كالباني بشبهة.

وجه القول الأول أن العارية لا تقتضى تمليك الرقبة، وإنما تقتضى الإرفاق بالمنافع مدة، فإن لم تكن المدة مقدرة بالأجل، رجع في ذلك إلى العرف والعادة.

وقول مطرف وابن الماجشون مبنى على ما تقدم لهما من أنه ليس له إخراجهما بإبطال ما بنياه، فعليه أن يعطيهما قيمته قائمًا كالباني بشبهة.

مسألة: وأما إن ضرب لذلك أجلاً، ففي المدونة عن مالك: ليس له أن يخرجه قبل الأجل، وقبل البناء ولا بعده. قال لأنك قد أوجبت ذلك له.

ووجه ذلك أنه عقد لزم لما تقرر بالعقد بمنزلة رجل يقول لرجل: أسلفك أو أرهنك، ولم يقرر السلف ولا الهبة، فإنه لا يلزمه ذلك، ولو قدرها، للزمه ذلك إذا علق ذلك بعقد أو عمل فيه نفقة.

فصل: وقوله: **«أن يغرز خشبه في جداره»** هكذا تقيد في كتابي في رواية يحيى بن يحيى، وفي كتاب أبي الحسن الدارقطني في اختلاف الموطآت. وقال لى أبو عبدالله الصوري: سألت أبا محمد عبدالغني عن ذلك، فقال لى: كل الناس يقولون خشبه على الجمع غير أبي جعفر الطحاوي، فإنه قال: خشبة على التوحيد، والمعنى متقارب، والله أعلم وأحكم.

١٤١٤ – مَالِك، عَنْ عَمْرِو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ الضَّحَّاكَ ابْنَ خَلِيفَةَ سَاقَ خَلِيجًا لَهُ مِنَ الْعُرَيْضِ، فَأَرَادَ أَنْ يَمُرَّ بِهِ فِي أَرْضِ مُحَمَّدِ بْنِ مَسْلَمَةَ، فَأَبَى مُحَمَّدٌ، فَقَالَ لَهُ الضَّحَّاكُ: لِمَ تَمْنَعُنِي، وَهُوَ لَكَ مَنْفَعَةٌ تَشْرَبُ بِهِ أَوَّلا وَآخِرًا، وَلا يَضُرُّكَ، فَأَبَى مُحَمَّدٌ، فَكَلَّمَ فِيهِ الضَّحَّاكُ، عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، فَدَعَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ، مُحَمَّدَ بْنَ مَسْلَمَةَ، فَأَمَرَهُ أَنْ يُخَلِّيَ سَبِيلَهُ، فَقَالَ مُحَمَّدٌ: لا، فَقَالَ عُمَرُ:

١٤١٤ – أخرجه الشافعي في المسند ٢/١٣٥، والبيهقي في معرفة السنن والآثار ٩/١٢٢٦٤، وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٣٠.

لِمَ تَمْنَعُ أَخَاكَ مَا يَنْفَعُهُ، وَهُوَ لَكَ نَافِعٌ، تَسْقِي بِهِ أَوَّلا وَآخِرًا، وَهُوَ لا يَضُرُّكَ؟ فَقَالَ مُحَمَّدٌ: لا وَاللَّهِ، فَقَالَ عُمَرُ: وَاللَّهِ لَيَمُرَّنَّ بِهِ، وَلَوْ عَلَى بَطْنِكَ، فَأَمَرَهُ عُمَرُ أَنْ يَمُرَّ بِهِ، فَفَعَلَ الضَّحَّاكُ.

الشرح: قوله: **«أن الضحاك ساق خليجًا له»** وهو الماء يختلج من شق النهر، والعريض موضع أو نهر بقرب المدينة، وكان بين الخليج وأرض الضحاك أرض لمحمد ابن مسلمة، فأراد أن يمره فيه، فمنعه محمد بن مسلمة، فاحتج عليه الضحاك بأن قال له: **«لم تمنعني ولك فيه منفعة تشرب منه أولا وآخرًا ولا يضرك»** يحتمل أن يريد الضحاك أن يمره في أرضه بهذا الشرط، وهو أن يكون له أن يشرب به متى شاء، ومثل هذا على وجه المعاوضة لا يجوز، لان مقدار شربه أولا وآخرًا مجهول.

وقد روى ابن سحنون عن أبيه فيمن أعطى رجلاً أرض حائط له وترابه على أن يبنيه الرجل بطوبه ونفقتهن، فإذا تم الجدار حمل كل واحد منهما عليه ما شاء: أن ذلك لا يجوز، لأن الحمل ليس إلى أجل معلوم، ولا ما يحمل عليه كل واحد منهما معلوم.

ويحتمل أن يريد أن ذلك حكم ما يمر في أرضك من المياه إن كان مجرى الماء متصلاً بأرضه، فيصل في أرضه، وهو غير مملوك، وإنما كان له مجرى على غير أرض محمد، فأراد الضحاك أن يجعل مجراه على أرض محمد ليتوصل بذلك إلى سقي أرضه فيكون محمد أحق به لأنه الأعلى.

وقد قال مالك فيمن له ماء وراء أرض، وله أرض دون أرض، فأراد أن يجري ماءه في أرض: أنه ليس له ذلك، ولم أخذ بما روى عن عمر في ذلك، ورواه عنه ابن القاسم في المجموعة. وقال عنه أشهب: كان يقال يحدث للناس أقضية بقدر ما يحدثون من الفجور.

قال مالك: وأخذ بها من يوثق به، فلو كان معتدلاً في زماننا هذا كاعتداله في زمان عمر رأيت أن يقضى له بإجراء مائه في أرضك لأنك تشرب به أولا وآخرًا، ولا يضرك، ولكن فسد الناس واستحقوا التهم، فأخاف أن يطول الزمان، وينسى ما كان عليه جرى هذا الماء، وقد يدعي جارك عليك به دعوى في أرضك. وقال ابن كنانة نحوه.

وروى زياد بن عبدالرحمن: أنه إن لم يضر به، فليقض عليه بمروره في أرضه، وإن أضر به، منع من ذلك.

وقال أشهب: إن كانت أرضك أحييت بعد إحياء عينه، وأرضه، كان له الممر فى أرضك، وأن يجرى ماءه فيها إلى أرضه بالقضاء، وإن كانت أرضك قبل عينه، وقبل أرضه، فليس فى أرضك ممر، إلى عينه، ولا لعينه ممر فى أرضك إلى أرضه.

فعلى هذا يحتمل فعل عمر وجهين، أحدهما: أنه على ظاهره، ولمالك فيه ثلاثة أقوال، أحدها: المخالفة له على الإطلاق، وهى رواية ابن القاسم، واختارها عيسى بن دينار، وبه قال أبو حنيفة.

والدليل على صحته ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لا يحلبن أحدكم ماشية أخيه إلا بإذنه»(*) واللبن يتجدد ويخلفه غيره، والأرض التى يمر فيها بالساقية لا يعتاض منها.

والثانى: الموافقة له على وجه، وذلك على وجهين، أحدهما: أن مخالفة أهل زمن مالك لأهل زمن فى الحكم إنما كان لاختلاف أحوال الناس، وأن أهل زمنه قويت فيهم التهمة باستحلال ما لم يكن يستحله أهل زمن عمر بن الخطاب، وأن حكم ابن الخطاب تمثل فى الأزمنة التى يعم أهلها ويغلب عليهم الصلاح والدين والتحرج عما لا يحل، وأن الزمن الذى يعم أهله أو يغلب عليهم استحلال أموال الناس بغير الحق لوجب أن يحكم فيهم بالمنع من ذلك، لأنه قد يطول الأمر، فيدعى صاحب الماء الممر فى أرض من قضى له بإمراره فى أرضه، فيدعى ملك رقبة الممر، ويدعى فيها حقوقًا، فيشهد له ما قضى له به، وهذا رواية أشهب، واختارها ابن كنانة.

ووجه آخر، وهو يحتمل أن تكون أرض محمد بن مسلمة إنما صارت إليه بأن أحياها بعد أن أحيا الضحاك بن خليفة أرضه، وملك ماءه.

والقول الثالث الأخذ بقول عمر وحمله على إطلاق لفظه، وهى رواية زياد بن عبدالرحمن الأندلسى، حكاها الشيخ أبو محمد نى نوادره.

وأصل ذلك ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لا ضرر ولا ضرار»(*) والضرار إدخال الضرر على الجار دون منفعة لمن جوز ذلك الضرر. وأنكر الشافعى على مالك أنه روى حديث عمر بن الخطاب، ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه، ولم يأخذ به، وليس كما أنكر، فإن محمد بن مسلمة ممن خالفه فى ذلك، وخالف على منعه ذلك، ولو

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٤٣٥. مسلم حديث رقم ١٧٢٦. أبو داود حديث رقم ٢٦٢٣. ابن ماجه حديث رقم ٢٣٠٢. أحمد فى المسند حديث رقم ٤٤٥٧.

(*) تقدم تخريجه فى الحديث رقم ١٤١٢.

اعتقد أنه من حقوق الضحاك بن خليفة لما أقسم على منعه بحضرة عمر بن الخطاب وغيره.

على أننا ذكرنا وجوهًا من موافقة مالك لعمر بن الخطاب فى هذا الحكم، ويحتمل أن يكون عمر بن الخطاب لم يقض بذلك على محمد بن مسلمة، وإنما أقسم عليه لما أقسم تحكمًا عليه فى الرجوع إلى الأفضل، فقد يقسم الرجل على الرجل فى ماله تحكمًا عليه وثقة بأنه لا يحنثه فيبر بقسمه، وإن كان هو قد أقسم على خلاف ذلك كفر هو عن يمينه إكرامًا له، وإيجابا لاسيما إذا دعاه إلى أمر هو أفضل مما ذهب هو إليه فى الدين والدنيا، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقول عمر لابن مسلمة: «**والله ليمرن به، ولو على بطنك**» دليل على اعتبار المقاصد دون الألفاظ فى الأيمان؛ لأنه لا خلاف أن عمر لا يستجيز أن يمر به على بطن محمد، وإن كان يمينه على معنى التحكم عليه، فإن محمد بن مسلمة لا يسمح بمثل هذا، ولا يتحكم عليه بمثله.

ويحتمل أن يريد به، ولو كنت ممن يخالف حكمى عليك بما أرى أنه الحق، وحاربت وأدت المحاربة إلى مالك، وإجرائه على بطنك لفعلت ذلك فى نصرة الحكم بالحق، والأول أظهر، والله أعلم وأحكم.

١٤١٥ - مَالِك، عَنْ عَمْرِو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ فِي حَائِطِ جَدِّهِ رَبِيعٌ لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ، فَأَرَادَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ أَنْ يُحَوِّلَهُ إِلَى نَاحِيَةٍ مِنَ الْحَائِطِ هِيَ أَقْرَبُ إِلَى أَرْضِهِ، فَمَنَعَهُ صَاحِبُ الْحَائِطِ، فَكَلَّمَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ ابْنُ عَوْفٍ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ فِي ذَلِكَ، فَقَضَى لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ بِتَحْوِيلِهِ.

الشرح: قوله: «**كان فى حائط جده ربيع لعبد الرحمن بن عوف**» قال يحيى: الربيع الساقية الظاهرة، وأراد عبدالرحمن أن يحوله عن مكانه، من الحائط إلى مكان هو أقرب إلى حائطه ليقرب تناوله، وتقل مسافته لما يحتاج من إصلاحه، فقضى عمر بذلك لعبدالرحمن لما منعه صاحب الحائط.

وقد روى ابن القاسم عن مالك: ليس له ذلك، ولم يأخذ مالك بما روى فى ذلك عن عمر.

١٤١٥ - أخرجه البيهقى فى معرفة السنن والآثار ١٢٢٦٥/٩، وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٣١.

وروى عيسى فى المدونة عن مالك: أنه لا يرى له تحويله، وإن لم يكن على صاحب الحائط فى ذلك ضرر، إلا أن يرضى به، وبه قال أبو حنيفة. وروى زياد بن عبدالرحمن عن مالك: إن لم يضر ذلك به، فليقض عليه بذلك. قال ابن نافع: وهذا فيما يراد تحويله. وقال عيسى بن دينار: يقضى عليه بذلك، ورواه يحيى عن ابن نافع.

ووجه القولين على ما تقدم، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وقد يريد صاحب الحائط تحويل ساقيته أو طريق لغيره فى أرضه إلى موضع هو أرفق به. وروى عن مالك فى أرضين لرجل بينهما طريق، فأردت دفع الطريق إلى أرضى؛ إذ هو أرفق بى، وبأهل الطريق، فقال: ليس ذلك إلا أن يكون الشىء القريب كقدر عظم الذراع، ولا مضرة فى ذلك.

وقال ابن حبيب: قال ابن القاسم: ليس لأحد أن يجرى طريقًا، وإن كانت أسهل من الأولى، وإن أذن بذلك من جاوره من أهل القرى؛ لأنها طريق لعامة المسلمين فلا يأذن فيها بعضهم إلا أن تكون الطريق لقوم معينين، فيأذنون فيها. وقال ابن الماجشون: ينظر الإمام فى ذلك، فإن رأى تحويلها منفعة للعامة فى سهولتها وقربها، أو أقرب وأسهل، فله أن يأذن فى ذلك، وإن رأى فى ذلك ضررًا على أحد منع منه، وإن حولها بغير إذن الإمام، نظر فيه، فإن رأى ذلك صوابًا، أمضاه وإلا رده.

* * *

القضاء فى قسم الأموال

١٤١٦ - عَنْ مَالِك، عَنْ ثَوْرِ بْنِ زَيْدٍ الدِّيلِيِّ أَنَّهُ قَالَ: بَلَغَنِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَيُّمَا دَارٍ أَوْ أَرْضٍ قُسِمَتْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ، فَهِيَ عَلَى قَسْمِ الْجَاهِلِيَّةِ، وَأَيُّمَا دَارٍ أَوْ أَرْضٍ أَدْرَكَهَا الإِسْلامُ، وَلَمْ تُقْسَمْ، فَهِيَ عَلَى قَسْمِ الإِسْلامِ».

الشرح: قوله: **«أيما دار أو أرض قسمت فى الجاهلية»** يحتمل أن يريد به نفذت

١٤١٦ - أخرجه البيهقى بالكبرى ٩/١٢٢، عن ثور بن زيد الديلى عن ابن عباس بلفظه.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٨/٣٣٥: هكذا هذا الحديث فى الموطأ لم يتجاوز به ثور بن زيد أنه بلغه عند جماعة رواة الموطأ والله أعلم. ورواه إبراهيم بن طهمان، عن مالك، عن بن ثور بن زيد، عن عكرمة، عن ابن عباس تفرد به، عن مالك بهذا الإسناد، وهو ثقة. وقد روى هذا الحديث مسندا من حديث ابن عباس، عن النبى ﷺ رواه محمد بن مسلم الطائفى، عن عمرو بن دينار، عن أبى الشعثاء، عن ابن عباس. ورواه ابن عيينة، عن عمرو، عن النبى ﷺ مرسلا.

قسمتها فى الجاهلية، وهو التأويل الظاهر من تأويل ابن نافع وغيره من أصحابنا، ويحتمل أن يريد بها استحقت سهامها فى الجاهلية بأن مات ميت، فورثه ورثته قبل أن يسلموا، فصار استحقاقهم لسهامهم على أحكام الجاهلية بمنزلة القسمة بها، يريد ﷺ ترك الرد لما سلف من عقودهم فى جاهليتهم، وإمضائها على ما وقعت عليه، ولذلك لا يرد شىء من بيوعهم ولا أنكحتهم، وإن كانت فاسدة بل يصحح الإسلام الملك الواقع بها.

فصل: وقوله: «**وأيما دار أو أرض أدركها الإسلام، ولم تقسم، فهى على قسم الإسلام**» يحتمل من التأويل الوجهين المتقدمين، والظاهر منه، والله أعلم، أن ما كان من مال أهل الجاهلية مشتركًا، فدخل عليهم الإسلام، ولم تقسم، فهى على حكم الإسلام، دون ما كانوا يعتقرونه، ويقتسمون عليه فى جاهليتهم مثل أن يرثوا دارا فى الجاهلية، فلا يقتسمونها حتى يدخل على جميعهم الإسلام، فإنهم يقتسمونها على مواريث الإسلام.

وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك: أن ذلك فى المجوس والفرس والفرازية وكل من ليس له كتاب. فأما اليهود والنصارى، فإن أسلموا بعد أن ورثوا دارًا، فإنهم يقتسمونها على مقتضى شرعهم يوم ورثوها.

وروى مطرف وابن الماجشون وأشهب وابن نافع عن مالك: أن ذلك فى الكفار كلهم، أهل كتاب كانوا أو غير أهل كتاب، وبه قال أبو حنيفة والشافعى.

وجه الرواية الأولى أن أهل الكتاب قد كانت شريعتهم أحكامها ثابتة مشروعة، وإن كنا لا ندرى ما غيروا منها وقد طرأ عليها النسخ، ولذلك كانت أحكام نسائهم فى جواز نكاح المسلمين لهم غير أحكام نساء من ليس من أهل الكتاب، ولذلك جاز لنا أكل ذباحهم دون ذبائح غيرهم، والمواريث إنما يراعى استحقاقها يوم التوارث لا يوم القسمة، ألا ترى أن النصرانى إذا أسلم ثم مات لم يرثه أحد من ورثته، وإن أسلموا بعد ذلك؛ لأنهم غير ورثته يوم وفاته، وهو يوم انتقال المال.

ونتأول الحديث على أن لفظه عام، وقد خص بما ذكرناه، وأنه أريد به من ليس من أهل الكتاب، ولذلك ذكر الجاهلية، وإنما ينطلق ظاهرها على مشركى قريش، ونحمله أيضًا على ما قدمناه من أنه أدرك الإسلام قسمتها بالاستحقاق دون ضرب الحدود، وتمييز مواضع الحقوق.

ووجه الراوية الثانية التعلق بعموم الخبر، ولم يخص أهل كتاب من غيرهم.

فرع: وهذا إذا أسلم جميعهم، فإن أسلم بعضهم، فقد اتفق مالك وجميع أصحابه على أنه إن أسلم جميعهم إلا واحد منهم، فإن القسمة تكون على أصل حظوظهم، ورواه ابن مزين عن ابن نافع.

وقال بعض شيوخنا: إن حكم الإسلام يغلب على حكم الكفر إلا فى هذه المسألة، وفى هذا القول نظر لأنهما يوم القسمة كانا كافرين، ولولا أن الفقهاء اتفقوا على حمل الحديث على هذا الوجه لساغ أن يقول قائل: إنه لا يقسم إلا على مقتضى شرعهم، وإن أسلم جميعهم، ويحمل الحديث على أن معنى قوله: «**على قسم الإسلام**» على صفته من الصحة وسلامته مما يفسد البيوع عند من جعلها بيعًا وسلامته مما يفسد القسمة عند من جعلها تمييز حق، وأن تكون مقادير سهامهم واستحقاقهم لها على ما أوجبه شرعهم يوم التوارث، وإنما عدلنا عن هذا الوجه مع احتمال اللفظ له، بل مع كونه الأظهر من اللفظ لاتفاق علماء العصر على ما تقدم، والله أعلم وأحكم.

فصل: واختلف العلماء فى القسمة هل هى بيع من البيوع أو تمييز حق، ولأصحابنا مسائل تقتضى كلا القولين، ونحن ننبه عليها عند ذكرها إن شاء الله تعالى. وقد قال مالك فى المدونة: إن القسمة بيع من البيوع.

ووجه ذلك أن كل واحد من المتقاسمين يبيع حصته مما خرج عنه بحصة شريكه مما صار إليه؛ لأنه ملك حصة صاحبه من الجزء الذى صار إليه بحصته من الجزء الذىأخذه صاحبه، وهذه معاوضة ومبايعة محضة.

ووجه قولنا إنها تمييز حق، أنه غير موقوف على اختيار المتقاسمين، بل قد يجوز فيه المخاطرة بالقرعة، وذلك ينافى البيع، فثبت أنها تمييز حق.

وقد روى أشهب عن مالك فى العتبية والمجموعة: فى ثلاثة إخوة ورثوا ثلاثة أعبد، فاقتسموهم، فأخذ كل واحد عبدًا، فمات عبد أحدهم، واعترف عبد الآخر، فمن مات بيده العبد لا يرجع بشىء، ولا يرجع عليه بشىء، ويرجع الذى استحق فى يده العبد على أخيه الذى بقى عنده العبد، فيكون له ثلثه، وللذى هو بيده ثلثاه.

قال أشهب فى المجموعة: فلو كانت القسمة كالبيع لرجع من يستحق من يديه العبد على أخيه الذى مات عنده العبد بثلث قيمته، ولكن ليس كالبيع، فقد قال سحنون: القسم ليس كالبيع.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد قال القاضى أبو محمد: إن القسمة فى الأصل على ثلاثة أوجه، قسمة مهايأة، وهى أن يتهايأ الشريكان، فيأخذ هذا دارًا يسكنها، وهذا دارا يسكنها، وهذا أرضًا يزرعها، وهذا أرضًا يزرعها، فيجوز ذلك بالتراضى، وليست بواجبة يجبر عليها من أباها، لأن قسمة المنافع ليست بقسمة بيع، وقسمة الرقاب قسمة بيع، يأخذ أحد الشريكين دارًا على أن يأخذ الآخر دارا أخرى، فهذه قسمة جائزة لأنها بيع، ومحصولها إن باع أحدهما حصته من إحدى الدارين بحصة شريكه من الدار الأخرى، وهو الوجه الثانى.

والوجه الثالث قسمة قيمة وتعديل، وذلك إذا كانت الداران مختلفتى البناء والبستان المختلف الغراس تختلف قيمة كل شىء منه من نخل وشجر، فإنها تعدل بالقيمة، ويضرب عليها بالسهام.

وهذا الذى قاله كله فيه نظر، وذلك أن الذى ذكره شيوخنا المغاربة أن القسمة على ثلاثة أضرب، قسمة قرعة بعد تعديل، وهى التى يجبر عليها من أبى القسمة فيما ينقسم، وقسمة مراضاة، ومهايأة بعد تقويم وتعديل، وقسمة مراضاة من غير تقويم ولا تعديل، ولكل واحد من هذه الأضرب أحكام يختص بها.

فرع: فأما قسمة القرعة، فإنها تصح فى المتماثل أو المتجانس، وسيأتى ذكر ذلك وشرحه بعد هذا، ولا يصح أن يجمع فيها أيضًا الثمن لغير علة بل يقدر نصيب كل إنسان، قاله مالك فى المدونة.

ووجه ذلك أنها على نهاية المشاحة واستقصاء الحقوق واختيار أحدهما أن يكون سهمه إلى جانب سهم آخر معين ينافى استقصاء الحقوق.

مسألة: وصفة ذلك أن يقسم العرصة، وتحقق على أقل سهام الفريضة، فما كان متساويا قسم بالذرع، وما اختلف أجزاؤه قسم بالقيمة، رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ، وقال: هو قول جميع أصحابنا.

قال القاضى أبو محمد: فربما كان الحد الواحد من أحد طرفى العرصة يعدل حد شق من ناحية أخرى.

وحكى ابن عبدوس عن سحنون فى الشجر: يقوم القاسم كل شجرة إن كان ممن يعرف ذلك، وإلا سأل أهل المعرفة بالقيمة، ومن يجس حمل كل شجرة، فرب شجرة لها منظر ولا فائدة لها، وأخرى يكثر حملها، ولا منظر لها، وإذا قوِّم ذلك كله، جمع

القيمة، فقسمها على قدر السهام، ثم يكتب أسماء الشركاء فى رقاع، ويجعل فى طين أو شمع، ثم يرمى كل بندقة فى حقةٍ، فمن حصل اسمه فى جهة أخذ حقه متصلاً فى تلك الجهة.

وقيل تكتب الجهات، ثم يخرج أول بندقة من الأسماء، وأول بندقة من الجهات، فيعطى من خرج اسمه نصيبه فى تلك الجهة، فهذا الذى ذكره القاضى أبو محمد، وهو قريب مما يقتضيه قول مالك، والأظهر من قول مالك أن تكتب الأسماء فى رقاع، وإن اختلفت السهام مثل أن يكون أخوان وأخت.

قال ابن الماجشون: فهذه تقسم الأرض على خمسة أسهم، وتضرب بثلاثة أسهم، يريد يكتب اسم كل واحد فى رقعة، وهم ثلاثة. قال: وقيل يضرب بخمسة أسهم، يريد ويكتب اسم كل واحد منهما فى رقعتين، واسم البنت فى رقعة. قال: والأول أصوب. قال الشيخ أبو محمد: يريد لأن الضرب إنما يخرجك إلى ثلاثة أسهم، والضرب بها يكون ضربين لا أكثر.

قال: ويستر، ثم يتفق على أن يبدأ بالأخذ منها بأى جهة من الجهات، فإن اختلفوا أقرع على أى الجهات يبدأ بالأخذ منها، فأى جهة خرجت عمل على البداءة بها، ثم يؤخر رقعة من تلك الرقاع، فمن وجد فيها اسمه أعطى أول نصيب من تلك الجهة بقدر سهمه، فقد استوفى حقه، وإن كان أقل من حقه أضيف إليه حقه، ولا سبيل لأحد أن يأخذ شيئًا متصلاً بالسهم الأول حتى يستوفى هذا حقه لئلا تدخل عليه مضرَّة تفريق حصته.

فإذا استوفى حقه هذا تميز حقه، وبقى باقى الأرض بين باقى الأشراك، فيعمل لهم فى باقى الأرض مثل ذلك حتى يتميز حق كل ذى حق منهم، وهذا معنى ما فى المدونة من قول مالك، وابن القاسم.

وقال محمد بن عبدالحكم: وقد قيل إن صاحب السدس لا يكون إلا فى أحد الطرفين، والأول أحب إلى.

قال الشيخ أبو محمد: إنما هذا إذا كانت القسمة بين ابن وزوجة، وهذا الذى أنكره أبو محمد، وقد يكون مع الجماعة أيضًا إذا كانوا أهل سهم كالعصبة، فقد قال مالك فى المجموعة فى قسم الأرض بين الزوجة والعصبة: يضرب لها فى أحد الطرفين.

قال ابن القاسم: كان العصبة واحدًا أو جماعة. قال ابن حبيب: لأن العصبة كأهل

سهم واحد. وقال المغيرة فى الزوجة مع العصبة: إنها تعطى حقها، حيث خرج فى طرف أو غيره.

قال ابن الماجشون: وبهذا أقول، فتبين بهذا أن الاختلاف الذى أنكره الشيخ أبو محمد هو اختلاف من قول أصحابنا، حيث يتصور الخلاف، فإن الموضع الذى فسره به لا يتصور فيه الخلاف.

وإنما ثبت الخلاف بما ذكرناه لاختلاف أصحابنا فى العصبة، هل هم أهل سهم أم ليسوا أهل سهم، وقد ذكرته فى الشفعة، فمن جعلهم أهل سهم، جمع سهامهم فى القرعة، وأفرد عنهم من ليس منهم، ومن لم يجعلهم أهل سهم لم يجعل سهامهم إلا بحسب ما تجمعه القرعة أو تفرقه، والله أعلم وأحكم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن هذه القسمة إن ثبت فيها بعد هذا غبن فى قيمة أو ذرع، كان لمن وجدت فى حصته المطالبة بها؛ لأنه دخل على قيمة مقدرة أو ذرع مقدر، فإن وجد فى ذلك نقصًا كان له الرجوع به.

فصل: وأما قسمة المراضاة بعد التقويم والتعديل، فهو أن يعدل الأرض بقدر السهام على اختلافها من كان له نصف، ميز له النصف، ومن كان له ثلث، ميز له الثلث، ومن له السدس، ميز له السدس، وإن كانت الأرض متساوية فبالذرع.

وإن كانت مختلفة، فبالتقويم أو بهما، ثم يتراضون على ما خرج لكل واحد منهم، ويرون أنهم قد تساووا، وسواء كان ذلك فى جنس واحد أو أجناس مختلفة متباينة، فإن ذلك كله جائز، وهذه القسمة أيضًا متى ظهر فيها على غبن فى ذرع أو قيمة كان للمغبون المطالبة بذلك لما قدمناه.

فصل: وأما قسمة المراضاة بغير تقويم، ولا تعديل، فهو أن يتراضى الشركاء على أن يأخذ كل واحد منهم ما عين له، ويتراضوا به من غير تقويم، ولا تعديل، فهذه القسمة أيضًا تجوز فى المختلف من الأجناس، ولا قيام فيها لمغبون؛ لأنه لم يأخذ ما صار إليه على أنه على قيمة مقدرة ولا ذرع مقدر ولا على أنه مماثل لجميع ما كان له، وإنما أخذه بعينه على أن يخرج بذلك عن جميع حقه، سواء كان أقل منه أو أكثر، فالضربان الأولان من القسمة أقرب إلى تميز الحق، وهذا الضرب أقرب إلى أنه بيع من البيوع، والله أعلم وأحكم.

مسألة: أجرة القسام على عدد الرءوس عند مالك. وقال أصبغ: على قدر الأنصباء، وبه قال الشافعى.

وجه القول الأول أن اختلاف المقادير لا يوجب زيادة فى فعل القاسم، بل بما أثر قليل الأنصباء زيادة فى العمل، وذلك أنه لو كان لثلاثة أشراك أرض، لأحدهم نصفها، وللآخر ثلاثة أثمانها، وللثالث ثمنها، لأثر الثمن لصغره زيادة فى العمل، ولاحتاج بسببه أن يقسم الأرض كلها أثمانًا، ولو انقسمت على النصف بأن تكون لاثنين، لكل واحد منهما نصفها، لكان العمل والقسمة فيها أقل.

فإذا كان قليل الجزء يؤثر في العمل ما لا يؤثره كبيره، بطل أن يجب على صاحب الجزء الكبير، ولم يؤثر إلا عملاً يسيرًا أكثر مما يجب على صاحب الجزء اليسير، وقد أثر عملاً، فوجب إطراح ذلك والاعتبار بعدد الرءوس.

ووجه القول الثانى أن العمل لصاحب الجزء الكثير أكثر لأنه يقسم أثمانًا أربعة، وصاحب الثمن لا يقسم له إلا جزء واحد، وكذلك الجزء الكبير يحتاج من العمل والذرع إلى أكثر مما يحتاج إليه الجزء الصغير، وبحسب ذلك يجب أن تكون الأجرة، لأنها عوض عن العمل.

وقول أصبغ أظهر لاسيما إذا كانت القسمة بالقرعة والسهام، وأما إذا كانت قسمة مراضاة دون تقويم ولا تعديل، فالعمل متقارب، فهى إلى أن يكون إلى عدد الرءوس أقرب، والله أعلم وأحكم.

ولو طلب جميعهم القسمة إلا واحد منهم أبى ذلك، أجبر عليها، فقد قال مالك: على الآبى والطالب أجرة القسام على السواء.

مسألة: وإذا شهد القاسم فى القسمة، فقد قال مالك: لا تجوز شهادة القاسم. قال ابن سحنون، عن أبيه: سواء قسم بأمر قاض أو بغير أمره؛ لأنه شهد على فعل نفسه.

وقال ابن الماجشون: إن كان القاضى أمره بالقسمة، وأنفذه فيها فشهادته وحده فى ذلك جائزة، إذا ذكر القاضى اليوم أنه أمره بذلك، وكذلك العامل والمحلف والكاتب والناظر إلى العيب، وكل ما لا يباشره القاضى. قال ابن حبيب: وإن لم يكن هذا القاضى هو أمر القاسم، وإنما أمره من قد درج من الحكام أو قوم تراضوا به فى القسمة، فلا تجوز فى ذلك شهادة القاسم أصلاً، ولابد من شهادة اثنين سواه، وكذلك من تقدم ذكره.

قال ابن الماجشون: لأن فعل المأمور فى ذلك كفعل الآمر مرتزقًا أو غير مرتزق. وقال ابن حبيب: هو تفسير قول مالك.

قال ابن حبيب: وليس بمعنى الشهادة، بل هو بمعنى المعونة، وهذا الذى قاله ابن حبيب فيه نظر؛ لأن القسمة تصح من غير القاضى، وإنما يستنيب القاضى فيما يختص به من الأحكام كالأعذار إلى من شهد عليه عنده ونحوه، والله أعلم وأحكم.

فصل: وعاد الكلام إلى ما قاله القاضى أبو محمد، فأول قوله أن أحد أنواع القسمة المهايأة، وهو أن يسكن أحد الشريكين دارًا، والآخر دارًا أخرى أو يزرع أحدهما أرضًا، ويزرع الآخر أرضًا أخرى، وهذا غير داخل فيما ذكرناه من قسمة الرقاب، وإنما هو من قسمة المنافع، وقد ذكر قسمة الرقاب على ثلاثة أضرب، فأما قسمة المنافع، فإنها على ضربين، أحدهما: أن يتهايآ بالأزمان. والثانى: أن يتهايآ بالأعيان.

فأما التهايؤ بالأزمان، فعلى ضربين، أحدهما: أن يقولا يستخدم أحدنا العبد يومًا، ويستخدمه الآخر يومًا، ويزرع أحدنا الأرض عامًا، ويزرعها الآخر عامًا، والضرب الثانى أن يقول: لك غلته يوم، ولى غلته يوم آخر، فأما التهايؤ على أن تكون غلته يومًا لأحدهما، ويومًا لأحدهما، ويومًا للآخر، ففى كتاب محمد: لا يجوز ذلك فى الدابة والعبد، وإن كان ذلك يومًا واحدًا.

قال محمد: وقد سهل مالك فى اليوم الواحد، وكرهه فى أكثر منه، وأجازه فى الخدمة، فوجه المنع ما فيه من المخاطرة لجواز أن تكون غلته فى يوم أحدهما أكثر منها فى يوم الآخر، مع ما يدخل ذلك من التفاضل فيما لا يجوز فيه التفاضل.

ووجه الإباحة أن الغرر فى ذلك قليل لقصر المدة، وتقاربها، وتساوى غلتها فى ذلك فى غالب الحال، ويحتمل أن تكون رواية المنع مبنية على أن القسمة بيع ورواية الإباحة على أنها تمييز حق.

مسألة: وأما فى الخدمة، وهو قوله: يخدمنى اليوم، ويخدمك غدًا، فاتفقوا على تجويزه فى الأيام اليسيرة. فقال ابن المواز: إنما يجوز فى مثل خمسة أيام، فأقل. وفى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك: لا يجوز فى الشهر. قال ابن القاسم: وأكثر من الشهر قليلاً.

فرق: والفرق بين الخدمة والغلة أن الخدمة لكل واحد منهما أن يستعمله فى مثل ما يستعمله فيه الآخر فى مدته، وذلك أنه أمر معلوم يمكن كل واحد منهما استيفاؤه.

وأما الغلة فمجهولة، وقد يتعذر على أحدهما استيفاء مثل ما استوفاه صاحبه، فإذا طالت المدة كثرت المخاطرة.

مسألة: وأما الدور والأرضون، فقد قال ابن القاسم فى المجموعة: إن التهايؤ يجوز فيها السنين المعلومة، والأجل البعيد ككرائها.

ووجه ذلك أنها مأمونة إلا أنه إن كان التهايؤ فى أرض المزارعة، فلا يجوز عندى إلا أن تكون مأمونة.

فصل: فأما التهايؤ بالأعيان، فأن يستخدم هذا عبدا، ويستخدم هذا آخر، ويزرع هذا أرضًا، ويزرع صاحبه أخرى، ففى المجموعة عن ابن القاسم: يجوز هذا فى سكنى الدور وزراعة الأرضين، ولا يجوز فى الغلة والكراء. ووجه ذلك ما قدمناه.

فصل: وقوله: «**لأن قسمة المنافع ليست بقسمة بيع وقسمة الرقاب قسمة بيع**» أيضًا فيه نظر؛ لأنه ليس له أن يقول ذلك بغير دليل إلا ولغيره أن يعكس عليه القضية بغير دليل، وإذ قد أخرجته قسمته إلى أن جعل قسمة المراضاة قسمة بيع، وكانت قسمة المنافع مراضاة كان يلزمه مثل ذلك فيها، والله أعلم وأحكم.

فصل: وتضمن قوله إسقاط قسمة المراضاة بالتقويم والتعديل، وإنما ذكر التقويم فى قسمة القرعة وقسمة المراضاة على التقويم والتعديل قسمة جائزة، وأكثر ما يقسم به الناس، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «**وليست قسمة المهايأة فى المنافع واجبة، يجبر عليها من أباها**» قول فيه نظر، فإن قسمة الرقاب بالمراضاة لا يجبر عليها أيضًا أحد، وإنما يجبر على قسمة القرعة خاصة إذا وجبت، وقد أشار مطرف وابن الماجشون فى الواضحة إلى أنها لا تثبت فى حق الصغار، فقالا: إن كانت الأرض مستوية فى كرمها أو لؤمها، قسمت بالقيمة.

وإن تراضوا، وهم أكابر على قسمتها بالتحرى والمراضاة على السواء، أو التفاضل على غير قيس ولا قيمة، فذلك جائز، قاله أصبغ، فشرطوا فى جواز هذه القسمة كون المتقاسمين أكابر.

وقد صرح بعض المتأخرين من أهل بلدنا أنه لا يجوز على الأصاغر إلا قسمة القرعة، وهو الذى يقتضيه النظر إلا أن يكون فى قسمة المراضاة، وجه بين من المصلحة للأيتام، فلذلك جائز كالبيع عليهم، والله أعلم وأحكم.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ فِيمَنْ هَلَكَ وَتَرَكَ أَمْوَالا بِالْعَالِيَةِ وَالسَّافِلَةِ: إِنَّ

الْبَعْلَ لا يُقْسَمُ مَعَ النَّضْحِ إلا أَنْ يَرْضَى أَهْلُهُ بِذَلِكَ، وَإِنَّ الْبَعْلَ يُقْسَمُ مَعَ الْعَيْنِ إِذَا كَانَ يُشْبِهُهَا، وَإِنَّ الأمْوَالَ إِذَا كَانَتْ بِأَرْضٍ وَاحِدَةٍ الَّذِى بَيْنَهُمَا مُتَقَارِبٌ فَإِنَّهُ يُقَامُ كُلُّ مَالٍ مِنْهَا، ثُمَّ يُقْسَمُ بَيْنَهُمْ، وَالْمَسَاكِنُ وَالدُّورُ بِهَذِهِ الْمَنْزِلَةِ(١).

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن من ترك أموالاً بالعالية والسافلة، وهما جهتان بالمدينة، وأشار بالأموال إلى الأرضين، وما فيها من الشجر، وإن كان اسم المال واقعًا على كل ما يتمول من حيوان وعروض وعين وغير ذلك، إلا أن عرف أهل المدينة كان فى ذلك الزمان إطلاق اسم الأموال على الأرض، وما فيها من النخيل والأعناب.

وقال: إن البعل لا يقسم من النضح، وقد تقدم ذكر البعل والنضح فى كتاب الزكاة، فجعل النضح والبعل جنسين لا يجتمعان فى القسمة، يريد قسمة القرعة التى تكون بالجبر، ولا خلاف فى ذلك، ولذلك قال مالك: إلا أن يرضى أهله بذلك، وهذا اللفظ يحتمل وجهين، أحدهما: إلا برضا أهلها بذلك، فيقسم بينهما بالقرعة، وإنما ينفى مالك فى موطئه القسمة على هذا التأويل، إذا أبى ذلك أحدهما، ويثبت الجواز إذا اتفقا على المراضاة بذلك.

وفى المجموعة عن ابن القاسم وأشهب فى زيتونة ونخلة بين رجلين: لا يقتسمانهما بينهما إلا أن يتراضيا، ويعتدلا فى القسم، يريد بالقيمة.

قال سحنون: ترك ابن القاسم قوله، وهو لا يجمع بين صنفين مختلفين، وإن تراضيا فقولهما إلا أن يعتدلا بالقيمة، دليل على أنه أراد القسمة بالقرعة؛ لأنه لا خلاف أن لهما أن يأخذ أحدهما النخلة، والآخر الزيتونة من غير قرعة، وهذا تصريح بتجويز جمع المختلفين فى قسم القرعة إذا تراضى بذلك المتقاسمان، وإنما يمنع منه إذا أباه أحدهما. وذكر سحنون عن ابن القاسم، أن قوله المعروف أنه لا يجوز ذلك، وإن تراضيا.

وقال ابن عبدوس عن أشهب: إن الشركاء إذا رضوا بقسم الصنفين المختلفين جاز،

---

(١) اختلف فقهاء الأمصار فى قسمة الأرضين، والدور على ما أصف لك: فمذهب مالك ما ذكره ابن القاسم وغيره أنه قال: إذا كانت الدور متقاربة، والغرض فيها متقاربا قسمت قسما واحدًا، وإن افترقت البقاع، واختلفت الأغراض قسمت كا دار على حدة، وكذلك الأرضون والقرى، وقال الشافعى، وأبو حنيفة، وأصحابهما: تقسم كل دار، وكل ضيعة على حدة، ولا يقسم بعضها على بعض، وحجتهم أن كل بقعة ودار تعتبر بها على نفسها، لا تتعلق الشفعة دون غيرها. انتهى باختصار وانظر هذه المسألة فى الاستذكار برقم ١٤٣٣.

وخالف فيه أصحابنا فعلى قول أشهب، ومن وافقه يكون معنى قوله إلا أن يرضى أهله بذلك، يريد أنه إن رضى أهله بذلك جازت فيه قسمة القرعة، وعلى قول ابن القاسم المشهور يكون معناه إلا أن يرضى أهله بذلك، أنه لا تجوز هذه القسمة بالقرعة إلا أن يرضى أهله بذلك، فيقتسمونه مراضاة دون قرعة.

مسألة: ومنع فى قوله أن يجمع بين البعل والنضح وجوز أن يقسم البعل مع العين، يريد ما يسقى بالعين من غير نضح، وهو السيح، لأنهما مما يزكى بالعشر والنضح مخالف لهما فى ذلك، فإنه مما يزكى بنصف العشر.

وقد روى فى المجموعة ابن وهب عن مالك نحوه، وكذلك قال: إنه يجمع فى القسم الأموال التى بأرض واحدة يريد أن تكون متقاربة الأماكن دون ما تباعد منها.

قال: «**والمساكن والدور بهذه المنزلة**» يريد أنه يراعى فيها تقارب الأماكن، وتفسير ذلك أن كل ما يقسم على ضربين أصل ثابت كالأرضين والدور والحمامات والأرحى والأشجار على اختلاف أنواعها، وما ليس له أصل ثابت كالحيوان والثياب والعروض على اختلاف أنواعها.

فأما الأصول الثابتة، فإذا كانت كثيرة ذات أنواع، وكان كل نوع منها يحتمل القسمة، فأراد بعض الشركاء أن يجمع له حصته من جميعها فى موضع واحد، وأراد بعضهم أن يعطى حصته من كل موضع، فإن مذهب مالك أن يجمع نصيب كل واحد من الشركاء فى موضع منها بشروط تفسيرها بعد هذا، إن شاء الله.

وقال أبو حنيفة والشافعى: يقسم لكل إنسان نصيبه من كل دار أو من كل أرض.

والدليل على ما نقوله أن القسمة على العدد مع اتفاق المنافع، والأماكن أعود بالمنفعة وأبعد من المضرة، لأنه إذا قسم كل دار، وكل أرض قلت قيمتها، وفسد كثير من منافعها، ولذلك أثبتت الشفعة فى الأملاك، وذلك مما ينمى قيمتها، ومن الأمر البين من حصلت له دار بكمالها أفضل من أن يحصل له من أربع دور من كل دار ربعها، فكان ما قلناه أولى.

فصل: وهذا الذى ذكره القاضى أبو محمد وأكثر أصحابنا على الإطلاق. وقال ابن عبدوس، عن أشهب فى أمرجة بين قوم أراد بعضهم أن يعطى حقه من كل أرض، وقال بعضهم: يجمع لى نصيبى: إن كانت فى نمط واحد، وبعضها أكرم من بعض جمع لمن طلب الجمع حصته فى مكان، وإن زاد حظه على أرض واحدة أخذ من أخرى تمام

حقه، فإذا استوفيت أنصباء الذين أرادوا الجمع، قسم للذين أرادوا التفريق على ما تراضوا به. قال ابن عبدوس: تجعل سهام الذين يريدون التفريق بينهما واحدًا، وسهام الذين يريدون الجمع بينهما ثم يقرع.

فإن خرج سهم من يريد التفرقة جمع إليه باقى حقوقهم، وصار كحق رجل واحد، وحيثما خرج منهم أحد ممن يريد الجمع أخذه، ثم يقسم الذين أرادوا التفرقة كل أرض على حدتها. وقال أشهب: وإن تباعدت الأرض ليست فى نمط قسم الذين أرادوا التفرقة أنصباءهم فى كل أرض، ثم يقسم الذين أرادوا الجمع على ما تراضوا عليه من الجمع. قال ابن عبدوس: يجعل سهم من أراد الجمع هاهنا بينهما شيئًا واحدًا، يسهم لهم فى كل أرض ويجمع سهامهم فيها، وأعطى من أراد التفرقة نصيبه من كل أرض حيث وقع.

قال ابن عبدوس: وليس هذا أصل مالك وأصحابه لأنه لا يجمع عندهم حظ اثنين فى القسم، وهذا أيضًا على ما ذهب إليه أشهب أن الشركاء إذا رضوا بقسم الصنفين المختلفين بالقرعة جاز ذلك، وخالف فيه أصحابه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالمراعى فيما يلزم به الجمع شرطان، أحدهما: تقارب المنافع وتجانسها. والثانى تقارب المواضع، فإن انخرم من هذين الشرطين أحدهما، لم يلزم الجمع.

وفى العتبية والمجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك فى الأرضين إذا تقاربت، وبعضها بعين وبعضها بنضج، لم تجمع، وإن تباعدت، وكانت كلها تسقى بعين أو بنضح لم تجمع، وإن تقارب سقيها كلها بنضح أو بعين، جمعت.

فرع: إذا ثبت مراعاة هذين الشرطين، فقد قال فى الأصل: إن البعل يقسم مع العين، وهو المشهور من المذهب.

وروى أشهب وابن وهب عن مالك فى المجموعة: لا يقسم مع السقى، وإن تقاربت الحوائط. وقال ابن حبيب: لا يضم ما يسقى بعين أو بنضح مع البعل فى القسم ولا النضح مع السيح لاختلاف المؤن.

مسألة: وأما الأرض الكريمة واللئيمة، فقد قال ابن الماجشون فى المجموعة: إذا تدانت الأرض فى كرمها، واشتبهت الحوائط جمعت فى القسم إن تقاربت مواضعها. وقال ابن القاسم فى المدونة: إن اختلفت العيون فى سقيها الأرض، واختلفت الأرض فى كرمها، قسمت كل أرض مع عيونها على حدة.

قال سحنون أيضًا فى المجموعة: وأما الأرضون فى نمط، فتجمع، وإن تقاربت فى الكرم. قال سحنون وابن القاسم: لا يجمعها. وقال عيسى: إن كانت الأرض الكريمة تحتمل القسمة والأرض اللئيمة تحتمل القسمة، قسمت الكريمة على حدة واللئيمة على حدة.

وجه رواية المنع أن اختلاف المنافع فى الجنس الواحد وتباينها، يقتضى اختلافها فى الجنس كرقيق الثياب وغليظها فى البيع إلى أجل.

وقول ابن القاسم فى الدور خلاف قوله فى الثياب، ولعله قد قال فى المسألة بقولين والله أعلم وأحكم.

وجه الجواز أن المراعى فى القسمة جنس المنافع دون تفاضلها، ولذلك تجمع ثياب الحرير غليظها ورقيقها مع الفراء، وثياب الكتان غليظها ورقيقها، ويشبه أن تكون رواية المنع مطردة على قول أشهب فى الثياب، ورواية الإجازة على قول ابن القاسم.

مسألة: وأما الأشجار، فقد روى أشهب عن مالك فى الحائطين المتقاربين المشتبهين فى السقى، أحدهما عجوة، والآخر صيحانى، يجمعان فى القسم، ولم يراع فيه جودة الثمر، ولا رداءته، لأنه أمر غير موجود حين القسمة، ولا ثابت، فإنما يلزمه أن يراعى جودة الشجر فى أنفسها، وسيأتى ذكره إن شاء الله تعالى.

وقد قال مالك فى النخل تختلف ألوانه فى الحائط كالبرنى والصيحانى واللون والجعرور: إنه يقسم على القيمة، ويجمع لكل واحد حظه فى موضع من الحائط، ولا يلتفت إلى ما صار لكل واحد منهم من أنواع التمر، وهذا فى الجنس الواحد لتقارب منافعه.

وأما الأجناس المختلفة، ففى المجموعة عن ابن القاسم فى شجر تفاح ورمان وخوخ وأترنج وغيرها من الفواكه مختلطة فى جنان واحد: يجمع ذلك كله فى القسم بالقيمة والسهم.

قال سحنون: هو استحسان الرفق باجتماع السهم، وأنا أكره أن يقسم هذا قسمة واحدة. وزاد فى المدونة بأثر هذا، قال فى الفواكه: فإن كل شىء من ذلك على حدة يحتمل قسم كل جنان على حدة قسم، فعلى هذا القول لابن القاسم، وما تقدم له قبل أن يقسم على ثلاثة أضرب، يجمع بينه فى القسمة، وإن كان كل نوع منه يحتمل القسمة بانفراده كالنخل منها البرنى والصيحانى وسائر أنواع التمر. وضرب يجمع بينه

إذا لم يحتمل أنواعه فى القسمة، ولا يجمع بينه إذا حملته كالفواكه والجيد مع الردىء.

وهذا القسم الأول هو الذى قال فيه سحنون لما أورده مطلقًا من هذا التقييد أنه استحسان، وهو مطرد على قول ابن القاسم فى جمعه غليظ الثياب ورقيقها والفراء مع القمص. وضرب لا يجمع بينه بوجه كالحلى مع الثياب والبعل مع النضح.

وأما تفاضل الأشجار فى أنفسها، فقد حكى ابن عبدوس عن سحنون فى الشجر: إن كان بعضها أقل من بعض والأرض بعضها أكرم من بعض، جمعت فى القسم إلا أن يأتى من ذلك أمر يتباين. وقال ابن حبيب مثله.

مسألة: وأما الدور، فإنما تتفاضل بالبنيان أو برغبة الناس فى المواضع والزهد فيها. فأما البنيان، فقد قال سحنون فى كتاب ابنه: إن كانت إحدى الدارين قاعة لم يجمعها فى القسمة.

وإن كان بناء إحدى الدارين أجد من بناء الأخرى جمع فى القسم، إذا كانت فى نمط واحد، وهو قول عبدالملك بن الماجشون فى المجموعة: إذا اشتبهت الدور فى بنائها، وتقاربت جمعن فى القسم، فيجىء من مجموع قولهما مراعاة فصلين، أحدهما إن كانت إحدى الدارين عارية من البنيان أو خربة فى حكم العارية لم تجمع مع المبنية. والفصل الثانى: أن يكون بنياتها متباينًا.

فيقتضى قول ابن الماجشون على ما عهد من مقاصده أنهما لا يجمعان، وهو عندى طرد قول أشهب فى أن ما كان من الثياب فى البيع جنسان مختلفان أنه لا يجمع فى القسم، وما كان فى البيع جنسًا واحدًا، فإنه يجمع فى القسم.

وقد حكى ابن عبدوس عن سحنون فى الشجر والأرض: تجمع فى القسم وبعضها أفضل من بعض إلا أن تتباين، فيجب على قوله أن يجمع المتفاضل فى البنيان فى القسم إلا أن يتباين فلا يجمع، والله أعلم وأحكم.

فصل: وأما الأماكن، فقد قال أشهب فى المجموعة: إذا كانت الدار فى نمط واحد، جمعت فى القسم، وإن كان بعضها أعمر من بعض كالأرضين فى نمط واحد، وبعضها أكرم من بعض. قال سحنون: وليست الدور كالأرضين، فقد تكون الدور فى نمط ونفاقها مختلف، ومن دارى إلى الجامع نمط واحد، وهو متباين الاختلاف، فثبت الاختلاف.

وذلك أن النمط يستعمل كثيرًا بمعنى التقارب فى الصفة، فيقال هذه الثياب نمط واحد، وهؤلاء القوم من نمط بمعنى التقارب فى الصفات والأحوال، إلا أنه لا يصلح أن يريد أنه فى هذا الموضع للتقارب فى الصفة يمنع من ذلك سياق كلامهما، ويحتمل أن يريد بالنمط المحلة الواحدة والربض الواحد.

ويحتمل أن يريدا به التقارب فى المكان، فقد جعل أشهب ذلك شرطًا فى صحة الجمع.

ومنع منه سحنون الإبان يضم إلى ذلك صفة أخرى وهى التقارب فى رغبة الناس، فقد يكون أحد طرفى المحلة أو الموضع الذى يقرب بعضه من بعض أغبط عند الناس من الآخر لقربه من سرفق من المرافق جامع أو مسجد أو سوق أو غير ذلك، غير أن أشهب جوزا الجمع بين ما تقاربت مواضعه، وإن كان بعض أماكنها أفضل من بعض كما جوز جمع الأرض المتقاربة.

وإن كان بعضها أكرم من بعض، فكان يجب على قوله فى الثياب أن يمنع من ذلك إلا فى التفاضل اليسير الذى لا تختلف فيه المنافع اختلافًا بينًا.

وقال ابن حبيب: قد تكون بعض الدور قرب السوق والمرفق أو قرب المسجد والأخرى بعيدة من ذلك، فلا يجمع بينهما إلا بتراض بغير سهم، فبين بعض الوجوه المراضاة فى تفضيل الأماكن، ولم يذكر أن ذلك فى نمط واحد، وأنماط متباعدة.

وقال ابن القاسم فى المجموعة: ما كان حول المسجد من الدور، فهو الذى تشاح الناس فيه، ويضم بعضه إلى بعض.

وفى المجموعة لابن القاسم: إذا كانت إحدى الدارين فى ناحية من المدينة، والدار الأخرى فى ناحية أخرى بعيدة من الأولى، إلا أن رغبة الناس فى الموضعين سواء، فإنهما يجمعان فى القسم؛ لأن الدارين سواء فى الموضع والنفاق، فلا يلتفت إلى افتراقهما، فذهب إلى أن المراعى فى الأماكن تساويهما فى رغبة الناس، وإن تباعدت وفرق بين الدور والأرضين أن البلد الواحد لا تختلف أغراض الناس فيه مع تساوى الموضعين فى النفاق والمرافق، وتختلف فى البلدين.

فتلخص من هذا أن أشهب يراعى فى الأماكن تقارب الدور فى النمط، ويراعى سحنون القرب والتساوى فى النفاق، ويراعى ابن القاسم التساوى فى النفاق خاصة، والله أعلم وأحكم.

فرع: فإذا قلنا بقول أشهب وسحنون فى مراعاة القرب، فقد قال أشهب عن مالك فى المجموعة: إذا تباعد ما بين الدارين مثل منزلى هذا، ومنزل آخر بالثنية لم يجمع فى القسم بخلاف النخيل والحوائط.

فصل: وأما البعد فى الأرضين، قال ابن القاسم: إن كانت القرى متباعدة اليوم واليومين، قسمت كل قرية مفردة، وإن تساوت رغبة الناس فيها.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: وهذا كله عندى بقدر ما يرى من البعد والقرب ويؤدى إليه الاجتهاد، وإنما ذكرنا ما ذكرنا منه ليتقوى به المجتهد على ما يريده من النظر والاجتهاد. وقال ابن الماجشون فى المجموعة: ليس للقرب حد إلا بقدر ما يرى يوم يقع.

مسألة: وأما الأشجار، فإن ابن حبيب يجمع البعل كله إذا تجاوز فى الموضع كالميل والميلين. وقال فى العتبية والمجموعة عن مالك فى أملاك بين ورثة منها بوادى القرى وبخيبر وبالفرع: إن من كان منها بوادى القرى وبخيبر جمع فى القسم، ويجمع ما كان بالفرع إلى ما كان بناحيتها. قال عنه أشهب: بخلاف الدور.

وقد قال عن مالك فى المدونة فى الحوائط المتباعدة بينها اليوم واليومان: إن كل شىء من ذلك يقدر بالقسمة قال عنه أشهب: ولا يقسم حوائط المدينة مع حوائط خيبر. وقال فى كتاب الصلاة: بينهما ثمانية وأربعون ميلاً.

فصل: وأما الماجل والحمام والبيت الصغير، فقد قال مالك: لا يقسم الحمام وغيره مما فى قسمته ضرر.

قال عبدالملك فى المجموعة: لم أعلم أحدًا من أصحابنا وافق مالكًا على قسمة الحمام، ولا سمعت من يستجيز ذلك.

قال ابن حبيب: وهو قول أبى حنيفة، وهو شاذ لم يقل به أحد من أصحاب مالك إلا ابن كنانة. قال ابن الماجشون وابن نافع وابن وهب: سواء ضاق القسم عن جميعهم أو عن بعضهم، وإن كان أصغرهم حظًا له انتفاع فى وجه من وجوه المنافع، وإن قل مما لا ضرر فيه، فالقسم قائم.

قال ابن حبيب: ورواه أصبغ عن ابن القاسم. قال مطرف: والذى آخذ به إن كان لبعضهم فى ذلك منفعة لسعة سهمه، وبعضهم لا ينتفع به لضيق سهمه، فيقسم بينهما

كما قال مالك، وإن كان لا ينتفع به واحد منهم فبيعه، وقسمة ثمنه أولى بالصواب.

واحتج مالك قوله بقوله تعالى: ﴿**مما قل منه أو كثر نصيبًا مفروضًا**﴾ [النساء:٧] وقال من خالفه في ذلك من أصحابنا: معنى الآية ثبوت حقه، ثم يقسم على السنة كالعبد الواجب فيه نصيب كل وارث، ويقسم ثمنه دون عينه.

واحتج ابن القاسم بما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لا ضرر ولا ضرار» وهذا أيضًا يحتاج إلى تأمل قد ذكرته فى الاستيفاء.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد قال ابن حبيب: لا يقسم الحمام، ولا الفرن، ولا الرحا، ولا البئر، ولا العين، ولا الساقية، ولا الدكان، ولا الجدار، ولا الطريق، ولا الشجرة وفى المجموعة: يقسم الجدار إن لم يكن فيه ضرر، وليس ذلك باختلاف، والخلاف فى ذلك كله على ما تقدم.

ومعنى الضرر فى ذلك على المشهور من مذهب ابن القاسم، أن لا يبقى فيه المنفعة الثابتة قبل القسمة مثل الدار التى تقسم، فيكون ما يصير لكل واحد منهم ما يسكن، وأما الحمام، فلا يتصور ذلك فيه لأنه لا يمكن أن يبقى نصيب كل واحد منهم حمامًا فى الأغلب، ولذلك لا يقسم عند ابن القاسم، ويراعى مع ذلك أن لا تذهب القسمة معظم منافعه، وإن بقى على حكم منفعته. وأما ما يراعيه ابن الماجشون وسائر أصحابنا فقد تقدم ذكره.

فصل: وأما ما ليس من الأصول الثابتة كالحيوان والعروض، فإن منه ما يقسم دون ضرر منه ما لا يقسم إلا بضرر. فأما ما يقسم دون ضرر فكجماعة العبيد والدواب والثياب. فأمام العبيد، فإنه يجمع فى القسم ذكورهم وإناثهم، صغارهم وكبارهم، وأعجمهم وفصيحهم، وحسنهم وقبيحهم. زاد ابن القاسم: والهديم، وإن تقاربت أثمانهم إذا اعتدلت فى القيمة، قاله ابن حبيب.

قال: روى ابن القاسم عن مالك فى الرقيق المشترك لجماعة، فأراد بعضهم قسمه: إن استطيع أن يقسم، قسم، وإلا بيع، فإن كان من جماعة الرقيق ما لا ينقسم كالخمسة بين العشرة، لم تقسم.

قال ابن حبيب: ولا يجمع فى القسم الخيل مع البغال ولا البغال مع الحمر، ولا الإبل مع البقر، ولا البقر مع الغنم، وإن اعتدلت الغنم، ولكن يقسم كل نوع على حدته.

قال ابن القاسم فى المدونة: والبراذين صنف على حدة، ويقسم بالتراضى. وقال يحيى ابن يحيى فى العتبية: بلغنى عن ابن الماجشون أنه لا يقسم شىء من الحيوان والعروض بالقيمة، ولكن يباع ذلك، ويقسم ثمنه. قال الشيخ أبو محمد: والذى روى عنه ابن حبيب خلاف هذا.

وجه القول الأول أنه مما تصح فيه القسمة والمساواة بالقسمة كالأرضين.

ووجه القول الثانى أن ما لا تنقسم آحاده، فلا تنقسم جماعته، والأول أظهر فى المذهب.

مسألة: وأما الثياب، فقد قال ابن حبيب: ذهب ابن القاسم إلى أن البز كله من الخز والحرير. قال فى المدونة: والديباج. قال ابن حبيب عنه، فى القطن والصوف والكتان والمرعز والفراء: كلها جنس واحد فى القسمة. قال فى المدونة: إذا كان كل صنف لا يتحمل أن يفرد بالقسمة.

وأما البسط والوسائد، فلا تجتمع مع البز والثياب، وعندى أن ظاهر هذا أن الفراء من جملة البز، وأن هذا الاسم يقع على كل ما يلبس من مخيط أو غيره اللباس المرئى بمعنى التجمل على الجسد، وعلى هذا يجب أن يدخل فى البز الأكسية والملاحف؛ لأنها تلبس على هذا الوجه، وبذلك يتميز البز من غيره من الأجناس، وهى عنده علة الجمع فى القسم.

قال ابن حبيب: وخالفه مطرف وابن الماجشون: لا يقسم ثياب الخز والحرير مع ثياب القطن والكتان، ولا مع الفراء، ولا يقسم الصوف والمرعزى مع ما ذكرناه.

قال ابن حبيب: وثياب القطن والكتان صنف واحد فى القسمة، وإن كان فيهما قمص وأردية وعمائم. زاد ابن القاسم فى المدونة: وسراويلات وثياب الخز، والحرير من الوشى وغيره، صنف واحد، إلا ما كان من وشى، يريد فى المدونة، والله أعلم، وشى القطن والكتان، فلا يقسم مع وشى الخز والحرير وليقسم وحده.

قال: وثياب الديباج صنف لا تقسم مع ثياب الخز والحرير وثياب الصوف والمرعزى صنف، وإن كان منها جبب وتيجان وفراء الخز، فإنه صنف لا يضم إلى فراء الفنليات.

وقال أشهب فى المجموعة: كل ما يجوز من هذا أن يباع واحد باثنين إلى أجل، فلا يضم له فى القسم؛ لأنهما صنفان، وكل ما لا يجوز ذلك فيه، فهو صنف واحد يجمع فى القسم.

قال أشهب: ولو جمع ما يقع عليه اسم بز، لوجب أن يجمع ما يقع عليه اسم دابة، فيقسم الرقيق مع الدواب والخيل مع الحمير والإبل.

قال ابن عبدوس: ومذهب أشهب فى هذا أصح عند سحنون، وعندى أنه لا يلزمه على هذا قسمة الزيتونة والنخلة؛ لأنه لا يسلم فى شىء من ذلك رأسًا، والله أعلم وأحكم. وقال أشهب فى المجموعة: لا يجمع فى القسم اللؤلؤ مع الياقوت ولا الزبرجد مع الياقوت.

مسألة: وأما ما كان من الطعام، فلا يخلو أن يكون مما يجرى فيه الربا أو مما لا يجرى فيه الربا، فإن كان مما لا يجرى فيه الربا، فلا يخلو أن يكون جزافًا أو مكيلاً أو موزونًا.

فإن كان جزافًا، وكان مما تدعو إلى قسمته فى رءوس شجره حاجة، فقد روى ابن القاسم عن مالك فى المدونة وأشهب فى المجموعة والعتبية عن مالك إجازة ذلك بشروط، اتفق على بعضها فمما اتفقا أن تختلف حاجتهم إلى ذلك بأن يريد بعضهم بيعًا، وبعضهم أن يأكل رطبًا وبعضهم أن ييبس.

وأما إن أراد أحدهما بيعه، والآخر أكله، فقد جوز ذلك ابن القاسم فى البلح الكبير، وأنكره سحنون، ولم يره اختلاف حاجة؛ لأن الذى يبيع يجد، وقد اجتمعا على الجداد؛ لأن تركه يبطل القسم.

وهذا الذى قاله سحنون فيه نظر؛ لأن مالكًا جوز قسمته من غير جد، فمن أراد يعجل الجد، عجل، ومن أراد أن يؤخره، أخر، ولو كان على الجد لما قسم إلا بالكيل، ولذلك قال ابن عبدوس: لا تجوز قسمته إذا أثمر.

وقال فى المدونة: ولو اقتسماه بعدما أزهى حين اختلفت حاجتهما، فتركاه حتى أثمر لم تنتقض القسمة. وقال فى موضع آخر منها: لأن قسمة ذلك بالخرص عند اختلاف الحاجة قبض، والخرص هو الكيل، وليس كل من أراد أن يبيع يجد، ويباشر بيعه بل يبيع حصته من حائطه أو جميعه ممن يباشر ذلك ويحاوله، وكذلك من أراد أن يأكل لا يمكنه جده، إلا حسب حاجته إلى أكله، وذلك لا يتقدر إلا بحسب ما يبدو إليه عند الحاجة.

فرع: وروى أشهب عن مالك فى العتبية والمجموعة: إن ذلك إنما يكون إذا طاب وحل بيعه.

قال ابن القاسم فى المدونة: فإن لم يطب النخل والعنب لم يقسم بينهم بالخرص. قال: ولا يقسم النخل على حال إلا أن يجداه أو يترك حتى يطيب فيقتسمانه.

وقال ابن القاسم فى المدونة: قاله هو وأشهب فى المجموعة، ولهم قسم البلح الأرض الكبير على الخرص، وإن لم يجد أحدهما إلا بعد يوم أو يومين أو ثلاثة أو أكثر ما لم يترك البلح حتى يزهى فتنتقض القسمة؛ لأنه من بيع الثمر قبل بدو صلاحه، فتبين بهذا أن منعه قسمة البلح ليس على الإطلاق، وإنما هو لمن أراد أن يبقيه حتى يزهى.

فرع: والشرط الثالث أن يكون مما يخرص وهو النخل والعنب، فلم يجوز ابن القاسم ذلك فى غيرهما. وقال: لا تقسم الفاكهة بالخرص، وإن احتاج إليها أهلها، وإنما ذلك فى النخل والعنب.

وقد ذكر لى بعض أصحابنا أن مالكًا رخص فيه فسألته عنه، فقال: لا أرى ذلك. وروى أشهب عن مالك فى المجموعة: لا بأس به فى النخل والعنب والتين وغير ذلك.

وجه القول الأول أنه معنى شرع فيه الخرص، فوجب أن يختص بالنخل والعنب كالزكاة.

ووجه القول الثانى أن الحاجة فى الزكاة إلى الخرص إنما هى؛ لأنها مما جرت العادة بأكله رطبًا، فحرص عليهم ليتقرر مقدار الزكاة فى الثمرة، وتطلق أيديهم عليها، وهذا معنى يختص بالنخل والعنب مما فيه الزكاة عند ابن القاسم، والمشهور من قول مالك.

وأما القسمة، فالحاجة إليها فى سائر الثمار كالحاجة إليها فى النخل والعنب، فإباحة الخرص للقسمة فى جميعها إذ لا سبيل إليها بغيره.

فرع: والشرط الرابع، أن يكون ذلك فى الشىء اليسير، وقد كره مالك ذلك فى الثمار الكثيرة جدًا؛ لأنه مما ينال بعجلة، ولا يختلف عند الحاجة إلا فى الشىء اليسير.

فرع: والشرط الخامس، أن لا يختلف فيأخذ أحدهما بسرًا، والآخر رطبًا، وإن كان بالخرص، ولكن لا يقتسمان الرطب، ويقتسمان البسر، قاله أشهب فى المجموعة.

وجه المنع من بيع الرطب بالتمر، والبسر بالرطب؛ لاختلاف صفتهما وتعذر معرفة تساويهما حال الادخار، وذلك شرط فى صحة بيع بعضه ببعض.

فرع: والشرط السادس، أن يتحرى تساوى الكيل فى المكيل، وإن كان بعض الكيل أفضل من بعض كالبرنى والصيحانى والعجوة والعنب الأحمر والأسود، فإنه يجمع فى

القسم على تساوى الكيل، فإن أبى ذلك أحدهم قسم كل نوع مفردًا، قاله مالك، قال: وإن أحبا المقاومة، جاز ذلك، ومن طلب منهما القسمة، فذلك له.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: وعندى أن هذه القسمة لا تجوز إلا بالقرعة، وهو ظاهر قول أصحابنا لأنها تمييز للحق. وأما للمراضاة، فإنه بيع محض، ولا يجوز أن ينعقد فى المطعوم إلا بقبض ناجز.

مسألة: فإن اقتسمت الأصول، وفيها ثمر، فلا يخلو أن يكون مزهيًا أو غير مزه، فإن كانت الثمرة بلحًا أو طلعًا، فقد قال أشهب: إنه يجوز أن يقسم ذلك مع النخل ما لم يبلغ أن يكون طلعًا أو يكون بلحًا حلوًا، فلا يجوز لامتناع التفاضل فيه.

قال القاضى أبو الوليد: وعندى أن منعه قسمتها مع الطلع؛ لأنه لا يجوز قسمتها دون الطلع؛ لأنها ثمرة لم تؤبر، ولا يجوز قسمتها من الطلع؛ لأنه مأكول مما يجرى فيه الربا. وقال ابن القاسم: تقسم الرقاب، ويترك البلح والطلع. وأنكر سحنون ذكره للطلع وقال: إذا لم يؤبر، لم تجز قسمته.

مسألة: وأما ما ليس له أصل ثابت كالزرع والبقول، فإنه لا يقسم شىء من ذلك بالخرص حتى يجذ. قال ابن حبيب: كل ما لا يجوز فيه التفاضل من الطعام، فلا يقسم بالتحرى لا زرعًا ولا حصيدًا ولا مدروسًا ولا مصبرًا إلا كيلاً فيما يكال، أو وزنًا فيما يوزن، أو عددًا فيما يعد، ما خلا الثمار إذا بدا صلاحها. وقاله مالك، ومن أصحابه مطرف وابن الماجشون.

وذلك يحتمل أن يعلل بعلتين على أصل ابن القاسم؛ لأنه لا يجرى فيه الخرص، فلا يصح التساوى فيه. والثانى: أنه لا يقبض فى الوقت، وعدم التقابض فيه يفسد قسمته.

وحكى ابن عبدوس عن ابن القاسم أنه كره قسمة البقول بالخرص. قال ابن عبدوس: لأنه لا يقبض كل واحد منهما ما صار إليه، وقد أخطأ من قال عنه: إنه لا يجيز قسمته بالتحرى بعد الجد، وهو يجيز التحرى فى الخبز واللحم، فكيف بما يجوز فيه التفاضل.

مسألة: وإن كانت الثمرة قد أزهت أفردت الرقاب بالقسمة، ثم إن قسمت الثمرة بعد ذلك لاختلاف الحاجة، فيسقى كل واحد نخله، وإن كانت ثمرتها لغيره كبائع ثمرة نخله، وأنكر ذلك سحنون، وقال: القسم تمييز حق والسقى على من له الثمرة بخلاف البيع، ولو كان كالبيع لم يكن على صاحب الأصل، إلا أن يسقى نصف ما له

فى أصله، ونصف ما فى نخل صاحبه؛ لأن الثمرة قد تختلف فى الخرص، فتعدل ثمرة نخلة ثمرة نخلات فيختلف السقى والخرص سواء، وفرق آخر أن الجائحة فى البيع دون القسمة.

مسألة: فإن قسمه صبرًا، فلا يخلو أن يقسم بمقاديره أو يقسم بالتحرى، فإن قسم بمقاديره، فقد قال ابن الماجشون فى المجموعة فى قسم الرطب والثمر والعنب: إنه يقسم على الأكثر من شأنه فى البلد من الوزن أو الكيل، قال محمد بن عبدالحكم: لا بأس أن يقسم القاضى الزيت، كيلاً أو وزنًا، أى ذلك شاء فعل.

وقد قال أشهب فى المدونة: بيع الزيت بالكيل، فأما بالوزن، فأى عرف ما فى ذلك من الكيل، فلا بأس به، وإن كان ذلك يختلف، فلا خير فيه فجعل الأصل فيه الكيل، وإن قسم على التحرى، فلا يخلو أن يكون مما لا يجوز فيه التفاضل، أو مما يجوز فيه التفاضل.

فإن كان مما يجرى فيه الربا، فقد حكى ابن حبيب فى واضحته عن مالك وأصحابه: أن ما لا يجوز فيه التفاضل، لا تجوز قسمته مصبرًا بالتحرى، إلا كيلاً فى المكيل، أو وزنًا فى الموزون، أو عددًا فى المعدود.

وحكى ابن القاسم عن مالك أنه يجوز قسمة الخبز واللحم والحيتان بالتحرى.

وجه القول الأول أنه مما يجرى فيه الربا، ويلزم فيه التساوى، ولا يوصل إلى حقيقة ذلك بالتحرى؛ لأن التحرى ليس بمقدر فى نفسه، فيعرف به التساوى، وإنما يتحرى به الموزون أو المكيل، ولا يدرك حقيقة ذلك بالتحرى.

ووجه القول الثانى أن التحرى طريق إلى معرفة التساوى والتفاضل كالوزن والكيل، ولا شك أن التساوى فى أحد المقدارين لا يمنع التفاضل بالمقدار الثانى.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإنه يجوز بشرطين، أحدهما: ما ذكره فى كتاب ابن المواز أنه لا يجوز ذلك فى المكيل، وإنما يجوز فى الموزون كاللحم والخبز والحيتان. واحتج لذلك ابن حبيب بأن التحرى إنما يجوز عند عدم ما يقدر به، والكيل لا يعدم، ولو بالحفنة، وإنما يعدم الموازين.

وظاهر قول مالك فى المدونة: يجوز السلم فى الخبز بالتحرى، يدل على أنه يجوز ذلك مع وجود الموازين؛ لأنه فى الغالب إنما يسلم فى أمد يمكن تحصيل الموازين فيه،

وكل موضع يكون فيه استيفاء ما يوزن غالبا يوجد فيه الموازين، فإن قال بهذا أحد من العلماء، فيجوز على قوله بالتحرى.

فرع: والشرط الثانى، رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية: أن ذلك فى الشىء القليل.

ووجه ذلك أن الكثير لا يتحقق فيه التساوى بالتحرى، وإنما يوصل إلى ما يقرب من ذلك فى اليسير بأن كان بينهما شىء مما لا يعتبر ولا يقصد. وأما الكثير، فربما كان بينهما من التفاضل ما يمنع الإباحة وينافيها، والله أعلم.

مسألة: وأما ما يجوز فيه التفاضل كالحناء والقطن والمسك والزعفران والحديد والرصاص، فقد روى ابن حبيب عن مالك ومطرف وابن الماجشون: أنه يجوز اقتسامه تحريًا على التعديل والتفضيل، ولا يجوز على الشك فى التعديل كالتبادل فيه.

قال محمد بن عبدالحكم: لا بأس أن يقسم الحناء والكتان والمسك والعنبر وغيره مما يجوز فيه التفاضل بالتحرى. وقد قيل لا يجوز، وإجازته أحب إلينا.

وروى ابن المواز وابن عبدوس عن ابن القاسم: أنه لا يجوز قسم الحناء والتبن والنوى والكتان والمسك إلا كيلاً فى المكيل، أو وزنًا فى الموزون، إلا أن يتبين التفاضل البين.

قال ابن عبدوس: وقول ابن القاسم أبعد فى الأصل وأحب إلىّ. وقال ابن عبدوس: وقول ابن القاسم أبعد فى الأصل وأحب إلىّ. وقال ابن عبدوس فى البقول: قد أخطأ من قال فى البقول عن ابن القاسم أنه لا يجوز قسمتها بعد الجد على التحرى، وهو غير التحرى فى الخبز واللحم، فكيف بما يجوز فيه التفاضل، وهذا خلاف ما اختاره فى قسمة الحناء والكتان والمسك، والخلاف فى هذه المسألة ظاهر فى المذهب.

وجه رواية الجواز أنه يجوز فيه التفاضل، فإذا تحرى المساواة؛ فهو أجوز؛ لأن كل ما يجوز فيه التفاضل، يجوز فيه التساوى، وقد يجوز التساوى فيما لا يجوز فيه التفاضل.

ووجه رواية المنع أن التحرى مع عدم التفاضل يبين أن القصد المخاطرة والمغابنة، وذلك يمنع الجواز كما لو شك فى التساوى، والقياس عندى جواز ذلك؛ لأن قصد كل واحد منهما غير الآخر لا يمنع الجواز كما لو كانت من جنسين مختلفين، مطعوم وغير مطعوم.

مسألة: وإذا ثبت ذلك فيما يكال يوزن، فقد قال سحنون: لا يكون فيه السهم،

يريد لا يقسم بالقرعة، وكذلك عندى ما قسم بالتحرى؛ لأن التحرى بدل من الوزن، وذلك إذا تساوت السهام فى الجودة والجنس والقدر، لم يحتج فى ذلك إلى سهام كالدنانير والدراهم، بخلاف ما يحتاج إلى النقود، فإنه لا يبلغ حقيقة التماثل فيه.

فصل: وأما ما لا ينقسم إلا بضرر، فمنه ما لا يصح ذلك فيه كالعبد والدابة، ومنه ما يمكن ذلك فيه، ولكن يدخل فيه الضرر كالشقة من القطن أو الكتان أو الصوف أو الحرير أو الخز أو الجمل أو الجذع من الخشب.

وقد قال أشهب فى المجموعة: لا تقسم الخشبة، فإن قيل من الخشب ما يصلح بالقطع، وكذلك من الثياب ما يكون قطعه صلاحًا، ولا يكلف ذلك من أباه، وإنما القسمة فى غير الرباع من الأرضين فيما لا يحال عن حال، ولا يحدث بالقسمة فيه ما لم يكن فيه من قطع، ولا زيادة دراهم. وقال ابن حبيب أيضًا: لا تقسم الخشبة ولا الثوب الواحد.

مسألة: وما كان فى حكم العين الواحد كاللباس والخفين والجوربين وحكمه فى منع القسمة إذا أبى ذلك أحدهما حكم العين الواحدة، قاله ابن القاسم وغيره من أصحابنا. واختلفوا فى الغرارتين، فقال ابن القاسم فى المدونة: إن لم يكن فى ذلك فساد قسمتهما بين الشريكين، وإن كان فيهما فساد لم أقسمهما، وبالله التوفيق.

وقال ابن حبيب: لا تقسم وجعلهما كالخرج، وجوز أشهب قسمتهما فى المجموعة.

وجه القول الأول أن الغالب من حالهما استعمالهما جميعًا فى الحمل على الدابة، فلا يقسمان كالخرج.

ووجه القول الثانى أنه قد تستعمل الواحدة منهما غالبًا على الدواب، وعلى ظهور الرجال، فثبت لهما حكم القسمة.

فرع: إذا ثبت أن ذلك لا يقسم، فإن اتفقوا على بقاء ذلك على حكم الشركة، جاز ذلك، وإن أرادوا أن يتهاونوا فى ذلك، جاز، ولا يجبر أحد على ذلك، ومن دعا إلى البيع أجبر أشراكه على التسويق معه، فإن أراد البيع من دعا إليه، قيل لمن أباه من أشراكه إما أن تأخذ حصته بما أعطى فيها، وإما أن تبيع معه.

* * *

القضاء فى الضوارى والحريسة

قوله: «**الضوارى**» يريد ما ضريت، أكل زروع الناس من البهائم، والحريسة الماشية المحروسة، والضوارى هى التى تسمى العوادى، وقد قال مالك فى المدونة فى الإبل والبقر والرمك التى تعدو فى زرع الناس، قد ضريت: ذلك أرى أن تغرب، وتباع فى بلاد لا زرع فيها.

قال ابن القاسم: وأرى الغنم والدواب بحسبها تباع، إلا إن يحبسها أهلها عن الناس، يريد إن استطاع أهلها أن يحبسوها لكون الدواب مستخدمة غير مهملة والغنم يجب حفظ رعيها، فذلك لهم، وإن لم يستطيعوا ذلك، ووصل ضررها إلى الزرع، بيعت على الوجه المذكور. وقال ابن حبيب: قال مالك: يأمر الإمام ببيعها، وإن أكره ربها.

ووجه ذلك أنه ليس له الإضرار بجيرانه برعى زروعهم، وإفساد حوائطهم، وإذا لم يستطع حفظ ماشيته لما عهد من عدوانها على الزرع،، وتعذرت القدرة على حفظها لم يمكن إزالة ضررها، إلا ببيعها ممن يكف أذاها بذبح أو تغريب إلى بلد لا زرع فيه، إلا أن يشاء صاحبها أن يفعل ذلك بها، فله ذلك.

مسألة: وأما ما كان من الحيوان مما لا يستطاع حراسته، ومنعه من الأذى، كالنحل يتخذها الرجل فى القرية يضر بشجر القوم أو يتخذ فيها برجا يأوى إليه العصافير والحمام، فيصيب من فرخها، فتضر بالزرع، قال مطرف: أرى أن يمنع من اتخاذها ما يضر بالناس فى زروعهم وشجرهم؛ لأن هذا طائر، ولا يمكن الاحتراس منه كما يستطاع ذلك فى الماشية.

وقد قال مالك فى الدابة التى ضريت بإفساد الزرع، ولا يحرس منها: تباع وتغرب، فالنحل والحمام أشد، وكذلك الدجاج الطائرة والأوز وشبهها مما لا يستطاع الاحتراس منه. وأما ما يستطاع الاحتراس منه، فلا يؤمر صاحبه بإخراجه، واختاره ابن حبيب.

ومعنى ذلك أن الماشية، وما يمكن الاحتراس منه بالحفظ المعهود، لا يؤمر أهله ببيعه، وإنما يؤمر بذلك فيما تعذر، ولا يمتنع بالحفظ المعتاد لمثابرته على ذلك، وهو بمنزلة النحل والطير الذى لا يمكن التحرز منه، فإنه يؤمر بإزالته ابتداء، وإن لم يخرج على عادة جنسه.

ووجه ذلك أنه لا يمكن التحفظ منها، ولا دفع أذاها. وقال أصبغ: النحل والحمام والدجاج والأوز كالماشية، لا يمنع صاحبها من اتخاذها، وإن ضريت، وعلى أهل القرية

حفظ زروعهم وشجرهم، وكذلك قاله ابن القاسم. وقال ابن كنانة فى المجموعة وزاد: وما أحب أن يؤذى أحد.

ووجه هذا أن هذه معان لا تضرى إلا بالنهار، ولا يجد الناس بدًا من اتخاذها؛ لأنها من منافعهم ومعظم فوائدهم، فلا يمنع من اتخاذها.

مسألة: وما أصابت الماشية التى ضريت بإفساد الزروع والحوائط، فقد روى عيسى عن ابن القاسم: ما أصابته قبل التقدم إلى أربابها، فلا ضمان عليهم فيه، وما أصابته بعد ذلك، ضمنوه، ليلاً أصابته أو نهارًا، كالكلب العقور.

قال: وإذا أخذ الكلب العقور حيث لا يجوز اتخاذه، فهو ضامن، تقدم إليه أو لم يتقدم، وذلك يقتضى أن ما أفسدته المواشى حيث لا يجوز اتخاذها؛ لأنه ليس بموضع مسرح، ولا جرت العادة بإرسال المواشى فيه، فإن على أهلها ضمان ما أفسدته ليلاً أو نهارًا، قبل التقدم وبعده، والله أعلم وأحكم.

١٤١٧ – مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ حَرَامِ بْنِ سَعْدِ بْنِ مُحَيِّصَةَ أَنَّ نَاقَةً لِلْبَرَاءِ ابْنِ عَازِبٍ دَخَلَتْ حَائِطَ رَجُلٍ، فَأَفْسَدَتْ فِيهِ، فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنَّ عَلَى أَهْلِ الْحَوَائِطِ حِفْظَهَا بِالنَّهَارِ، وَأَنَّ مَا أَفْسَدَتِ الْمَوَاشِي بِاللَّيْلِ ضَامِنٌ عَلَى أَهْلِهَا[1].

١٤١٧ – أخرجه أبو داود فى البيوع ٣٥٦٩، ٣٥٧٠. أحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٣١٧٩.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٤٣/٨: هكذا رواه جميع رواة الموطأ فيما علمت مرسلا. وكذلك رواه أصحاب ابن شهاب، عن ابن شهاب أيضا، هكذا مرسلا. إلا أن ابن عيينة رواه عن الزهرى، عن سعيد بن المسيب، وحرام بن سعد بن محيصة، أن ناقة للبراء دخلت حائط قوم فذكر مثله بمعناه، وجعل مع حرام بن سعد، سعيد بن المسيب، ورواه ابن أبى ذئب، عن ابن شهاب، أنه بلغه أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم مثل حديث مالك سواء. ولم يصنع ابن أبى ذئب شيئا؛ لأنه أفسد إسناده.

ورواه عبدالرزاق، عن معمر، عن الزهرى، عن حرام بن محيصة، عن أبيه، عن النبى ﷺ ولم يتابع عبدالرزاق على ذلك، وأنكروا عليه قوله فيه، عن أبيه.

حدثنا عبدالله بن محمد بن عبدالمؤمن، قال: حدثنا محمد بن بكر بن عبدالرزاق التمار، قال: سمعت أبا داود يقول: لم يتابع أحد عبدالرزاق على قوله فى هذا الحديث، عن أبيه.

هكذا قال أبو داود لم يتابع عبدالرزاق، قال محمد بن يحيى الذهلى لم يتابع معمر على ذلك، فجعل محمد بن يحيى الخطأ فيه من معمر، وجعله أبو داود من عبدالرزاق، على أن محمد بن يحيى لم يرو حديث معمر هذا. ولا ذكره فى كتابه فى علل حديث الزهرى إلا عن عبدالرزاق لا غير. –

الشرح: ما قضى به رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، يريد والله أعلم، أحد معنيين، إما أن ذلك واجب عليهم بالشرع لما نهى عنه من إفساد الأموال وتضييعها، فلما وجب لذلك حفظ الزروع التى هى معظم الأقوات، وسبب المعاش كان حفظها بالنهار يلزم أرباب الزروع، ولا يلزمهم ذلك بالليل؛ لأنه وقت راحتهم ونومهم وسكونهم، وليس بوقت رعى للماشية فى غالب الحال.

والوجه الثانى: أن أهل الزرع إن أرادوا حفظ زروعهم، ودفع الضرر عنها، فإن عليهم ذلك بالنهار لما جرت العادة به من رعى المواشى بالنهار، ولابد مع ذلك من الأعمال، وليس كل أحد له من يرعى ناقته ودابته، فإن منعها الرعى أضر بها.

وإن أراد الحفظ لها، لم يمكنه ذلك لعدم من يحفظ له والله أعلم، وفائدة الكلام على الوجهين أنه لا ضمان على أصحاب الماشية فيما أصابت بالنهار لما ذكرنا، وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعى. وقال الليث: يضمن أرباب المواشى ما أفسدت بالليل والنهار.

والدليل عليه الحديث المتقدم والمعنى الذى ذكرناه، وقد رأيت بعض من احتج لما ذكرته بقوله تعالى: **﴿وداود وسليمان إذ يحكمان فى الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين﴾** [الأنبياء: ٧٨] قالوا: والنفش لا يكون إلا بالليل، وقد ذكر مثل هذا عن شريح، وهذا ليس ببين؛ لأنه لو كان فى الآية التصريح بالحكم أنه ضمن أهل الماشية التى نفشت لم يكن فيه نفى الحكم بذلك فى الراعية بالنهار إلا من جهة دليل الخطاب، وليس عندى بدليل صحيح، فكيف والآية لم تتضمن تفسير الحكم ولا بيانه، وإنما فى ذلك قول أهل التفسير ولا حجة فيه، والله أعلم وأحكم.

= ثم قال محمد بن يحيى: اجتمع مالك، والأوزاعى، ومحمد بن إسحاق، وصالح بن كيسان، وابن عيينة على رواية هذا الحديث، عن الزهرى، عن حرام، لم يقولوا: عن أبيه، إلا معمرا فإنه قال فيه، عن أبيه، فيما حدثنا عنه عبدالرزاق، إلا أن ابن عيينة جمع إلى حرام سعيد بن المسيب، قال: وأما حديث كسب الحجام فمحفوظ فيه، عن أبيه، وقال فيه محمد بن إسحاق، عن أبيه، عن جده، هذا كله كلام محمد بن يحيى.

قال أبو عمر: هذا الحديث وإن كان مرسلا فهو حديث مشهور، أرسله الأئمة، وحدث به الثقات. واستعمله فقهاء الحجاز، وتلقوه بالقبول، وجرى فى المدينة به العمل، وقد زعم الشافعى أنه تتبع مراسيل سعيد بن المسيب، فألفاها صحاحا. وأكثر الفقهاء يحتجون بها. وحسبك باستعمال أهل المدينة، وسائر أهل الحجاز لهذا الحديث.

فرع: إذا ثبت ذلك، فسواء كان محظرًا أو غير محظر عليه، رواه أشهب وابن نافع فى العتبية عن مالك، وزاد فى المزينة عيسى عن ابن القاسم: وجميع الأشياء فى ذلك سواء.

فصل: قوله: «**وما أفسدت المواشى بالليل، ضامن على أهلها**» بمعنى مضمون، وبهذا قال مالك والشافعى. روى ابن القاسم عن مالك: أرى أن يقضى فيما أفسدت المواشى بما جاء فى الحديث والزروع مثل الحوائط فيما أفسدت البهائم بالليل والنهار. وقال أبو حنيفة: لا ضمان على أهل المواشى فيما أفسدت فى ليل ولا نهار.

والدليل على ما نقوله الحديث المتقدم، وهو «ما أفسدت بالليل ضامن على أهلها». ومن جهة المعنى أن إهمالها بالليل من باب التعدى؛ لأنه ليس بوقت رعى معتاد، فوجب أن يضمن ما أفسدت فيه كالقائد والسائق فيما أفسدت الدابة.

فرع: إذا ثبت أن على أهل المواشى ضمان ما أفسدته بالليل، فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك: أن عليهم قيمة ما أفسدت على الرجاء والخوف أن يتم أو لا يتم.

زاد أشهب وابن نافع عن مالك فى المجموعة: وإن لم يبد صلاحه، وزاد عيسى عن ابن القاسم: قيمته لو حل بيعه.

قال فى رواية مطرف: ولا يستأنى بالزرع أن ينبت أو لا ينبت كما يصنع بسن الصغير.

وجه قول مالك أن ذلك هو حقيقة ما أفسدت عليه؛ لأنه كان قائمًا على أصله بين رجاء وخوف أن يعوقه عائق من كثرة ماء أو قلته، وغير ذلك، فعلى ذلك تعتبر قيمته، ولما كان قيمة هذا الزرع يعتبر فيه حاله، ولا يحكم لصغيره بحكم كبيره، لزم غرم قيمته على صفته.

ولم يعتبر بأن يخلف بعد ذلك أو لا يخلف بخلاف السن الذى إنما يراعى الجمال، والمنفعة بها، فإذا نبتت كانت الجناية عليها أخف، ولم يلزم ضمانها جملة، وإذا يئس من نباتها لزمت فيها ديتها دون قيمتها، والديات مختصة بما يتلف، ولا يعود، فلذلك استؤنى ليعلم من نباتها أو عدمه ما يجب من قيمته أو ديته، والله أعلم.

فرع: إذا ثبت أن على أهل المواشى قيمة ما أفسدت، فيلزمهم ذلك، وإن كان أكثر من قيمتها، رواه ابن القاسم عن مالك. وقال الليث: إنما عليه الأقل من قيمتها أو قيمة ما أفسدت.

والدليل على ما قاله مالك ومن تابعه أن هذه الجناية ليست من المواشى، وإنما هى من أربابها، فلا يجوز لهم تسليمها بجنايتها، ولا يقصر الأرش على قيمتها كما لو أصابته مع القائد أو السائق.

فرع: ولو نبت الزرع قبل الحكم فيه بالقيمة، فلا يخلو أن يكون الزرع الذى أفسدته مما كانت فيه منفعة حين الرعى أو غيره، أو لا تكون فيه منفعة حين رعيه، فإن كانت فيه منفعة، فعليه قيمته حين الرعى، لا يراعى فيه رجاء، ولا خوف مع الأدب، وإن لم يكن فيه منفعة، فلا شىء عليه فى ماله، وعليه الأدب بقدر سفهه وإفساده، رواه ابن حبيب عن مطرف. وقال أصبغ: وإن عاد لهيئته، فإنه يقوم على الرجاء والخوف، نبت أو لم ينبت، قبل الحكم وبعده.

وجه القول الأول أن الزرع له قيمتان، إحداهما: أن يكون فى نفسه ينتفع به ويرجى تزايد منفعته. والثانى: أن لا يكون فى عينه منفعة إلا ما يرجى من انتهائه إليه، فإن كانت فيه منفعة لنفسه، لزمه، إن حكم عليه قبل نباته قيمة المنفعتين؛ لأن عليه قيمة مثل ذلك الزرع على قوة الرجاء فيه.

وإن نبت قبل الحكم عليه، وصار على ما كان عليه، فقد عاد إلى ما كان عليه، فعلم أنه لم يتلفه عليه، ولزمته قيمة البقل الذى هو من نبات أصل زرعه. وأما إن كان حين رعيه لا منفعة فيه، ثم عاد إلى ما كان عليه قبل الحكم، فلم يتلف شيئًا له فيه، فلا شىء له عليه.

ووجه قول أصبغ أن ما أتلف عليه يلزمه فيه قيمة الرجاء والخوف، وما تلف فإنما هو فائدة الأصل الذى بقى فى الأرض، فهو لا يأخذ منه قيمة الأصل، وإنما يأخذ قيمة ما أبطل من الفرع، ولأنه لو أبطلت القيمة بنباته لوجب أن لا يحكم بقيمته حتى يعلم هل يعود بالنبات، فتبطل القيمة أو لا يعود، فيثبت وجوبها كسن الصبى.

مسألة: وهذا حكم ما أفسدت من الزرع والحوائط والحرث، وأما لو خرجت ليلا فوطئت رجلاً قائمًا فقطعت رجله، فإنه هدر، قال ذلك كله عيسى عن ابن القاسم.

ووجه ذلك ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «جرح العجماء جبار»(*).

(*) أخرجه مسلم حديث رقم ١٧١٠. الترمذى حديث رقم ١٣٧٧. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٢٤٩٧. أبو داود حديث رقم ٤٥٩٣. ابن ماجه حديث رقم ٢٦٧٥. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٧٦٩٠.

ومن جهة المعنى أن هذا الأمر لا يقصده المواشى غالبًا، فلا تحرس منه.

فصل: وهذا نص ذكره أصحابنا فى هـذه المسـألة، وهـو عنـدى فـى الموضـع الـذى يكون فيه الزرع أو الحوائط مع المسارح، والمواضع عندى ثلاثة أضرب، موضع تتداخـل فيه المسارح والمراعـى، والثـانى: أن تنفـرد المراعـى أو الحوائـط، وليـس بمكـان مسـرح، والثالث: أن يكون موضع مسرح، وليس بموضع زرع، فيحدث فيه إنسان زرعًا.

فإن كان موضع زرع ومسارح، فقد تقدم ذكر حكمه، وهو الذى ورد فيـه الحكـم عندى والألف واللام فـى الحـائط والمواشـى المذكوريـن فـى الحديـث للعهـد لاجتمـاع الأمرين فيه، فلو لم يكن لأهل المواشى إرسالها بالنهار فيهـا؛ لخـرج عـن أن يكـون لهـا مسرحًا، ولو لم يرد هذا بالحديث وأريد بـه الشـاذة مـن المواشـى لمـا قضـى علـى أهـل الحوائط بحفظها بالنهـار؛ لأن مـا يشـذ وينـدر، لا يحتـاج إلى الحفـظ، وكـان حكـم مـا أصابت بالنهار حكم ما أصابت بالليل.

وإن كان موضع زرع دون سرح، فهذه عندى لا يجـوز إرسـال المواشـى فيهـا، ومـا أفسدت ليلاً أو نهارًا، فعلى أصحاب المواشى ضمانه، وقد قال أصبغ فـى المدنيـة: ليـس لأهل المواشى أن يخرجوها إلى قرى الـزرع بغير ذواد، ولكـن عليهـم أن يذودوهـا عـن الزرع.

فإذا بلغوا المراعى والمسارح، سرحوها هنالك، فما شذ منهـا إلى الـزروع والجنـات، فعلى أصحاب الزرع والجنات دفعها.

وأما الموضع الثالث، وهو موضع سرح جرت عادة الناس بإرسال مواشيهم فيـه ليـلاً ونهارًا، فأحدث رجل فيه زرعًا من غير إذن فى الإحياء، فإنه ليـس علـى أهـل المواشـى الامتناع من إرعاء مواشيهم ليلاً أو نهارًا، ومـا أفسـدته مـن زرعـه بـالليل، فـلا ضمـان عليهم فيه؛ لأنه جر الجناية إلى نفسه حيث زرع بموضع المسـرح، وأراد منـع النـاس مـن منافعهم التى قد ثبتت لهم، والله أعلم.

مسألة: وإذا كانت الدواب تعبر فى الزرع فتفسده، فحفر رب الـزرع حـول الـزرع حفيرًا لمكان الدواب، فوقع بعضها فى ذلك، فمات، فروى أصبـغ عـن ابـن القاسـم: لا شىء عليه، ولو لم ينذرهم. قال أصبغ: وهو قول مالك إن شاء اللـه تعـالى. وقـد قـال: فيمن يحفر للسارق زبية، فوقع فيها السارق أو غيره أنه يضمن.

١٤١٨ – مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ يَحْيَى بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ حَاطِبٍ أَنَّ رَقِيقًا لِحَاطِبٍ سَرَقُوا نَاقَةً لِرَجُلٍ مِنْ مُزَيْنَةَ فَانْتَحَرُوهَا، فَرُفِعَ ذَلِكَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَأَمَرَ عُمَرُ كَثِيرَ بْنَ الصَّلْتِ أَنْ يَقْطَعَ أَيْدِيَهُمْ، ثُمَّ قَالَ عُمَرُ: أَرَاكَ تُجِيعُهُمْ؟ ثُمَّ قَالَ عُمَرُ: وَاللَّهِ لأغَرِّمَنَّكَ غُرْمًا يَشُقُّ عَلَيْكَ، ثُمَّ قَالَ لِلْمُزَنِيِّ: كَمْ ثَمَنُ نَاقَتِكَ؟ فَقَالَ الْمُزَنِيُّ: قَدْ كُنْتُ وَاللَّهِ أَمْنَعُهَا مِنْ أَرْبَعِمِائَةِ دِرْهَمٍ، فَقَالَ عُمَرُ: أَعْطِهِ ثَمَانَمِائَةِ دِرْهَمٍ.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: وَلَيْسَ عَلَى هَذَا الْعَمَلُ عِنْدَنَا فِي تَضْعِيفِ الْقِيمَةِ، وَلَكِنْ مَضَى أَمْرُ النَّاسِ عِنْدَنَا عَلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يَغْرَمُ الرَّجُلُ قِيمَةَ الْبَعِيرِ أَوِ الدَّابَّةِ يَوْمَ يَأْخُذُهَا.

الشرح: قوله: «**أن رقيقًا لحاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها**» لا يخلو أن يكون ثبت ذلك عندهم ببينة أو بإقرار العبيد مع دعوى المزنى أو بدعوى المزنى فى ذلك معرفة حاطب، وطلبه بيمينه على ذلك، فنكل حاطب، وحلف المزنى.

فإن كان ذلك ببينة أو نكول حاطب وحلف المزنى، فعلى ما تقدم فى سائر الحقوق، وقال ابن عباس فى عبد انتحر حمارًا، وقال: خفت أن أموت جوعًا: لا يقطع، ويغرم سيده ثمن الحمار.

وقال محمد: وذلك إذا ثبت أن السيد كان يجيعه، فيغرم أو يسلمه، وإنما غرم عمر حاطبًا، وترك قطع عبيده؛ لأنه كان يجيعهم، فعلى هذا أيضًا لم يجمع بين القطع والقيمة.

وقد قال فى الحديث: إنه أمر كثير بن الصلت بقطع أيديهم، فعلى رأى ابن المواز انصرف عنه إلى التقويم لما ثبت عنده أنه كان يجيعهم، وعلى رأى أصبغ أنه جمع بين الأمرين، ولعله كان للعبيد مال، فوقع الغرم منه.

وقال لحاطب: «**لأغرمنك غرمًا يشق عليك**» يريد أن يأخذ ذلك من مال عبيده الذى كان له أخذه، ويشق عليه أن يؤخذ جميعه أو الكثير منه، فبه كانوا يقدرون على السعى والتكسب، وإن كان ذلك بإقرار العبيد، فقد قال مالك: لا يقبل من إقرار العبيد إلا ما ينصرف إلى جسده.

١٤١٨ – أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٢٣٩/١٠، البيهقى فى معرفة السنن والآثار ١٧٢٤٢.
وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٣٥.

فأما ما يلزم سيده به أمر، فلا، فهذا على الإطلاق، ويعرى فى القضية مما يقويها.

وأما إذا اقترن بالقضية ما يشهد لها من شاهد الحال، فإن إقراره مقبول فيما يتعلق بمال سيده، وقد قال مالك فى عبد أصاب صبيًا بموضحة، فأتى متعلقًا به، ولا بينة له، فأقر العبد بما كان قريبًا من فعله، ويأتى مكانه متعلقًا به، فليقبل منه، فأما ما بعد، وإنما يقول: كنت فعلته، فلا يقبل منه، وقاله ابن القاسم.

وقد قال مالك فى عبيد دخل عليهم، وعندهم شاتانا مذبوحتان، يعرفان لجارهم، فأقر اثنان منهم، وجحد الثالث: إن غرم ذلك على سادتهم، فعلى هذا أيضًا يحتمل أن يكون إنما أغرم حاطبًا لما وجدت الناقة بين أيدى العبيد، وعرف أنها كانت للمزنى الطالب لها، وثبت ذلك بالبينة.

فصل: وقوله: «**فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم**» قال عيسى فى المدونة: معنى ذلك عندنا أنهم سرقوها من حرزها، ولم يسرقوها من المرعى، وسيأتى معنى الحرز مفسرًا فى كتاب القطع فى السرقة.

فصل: وقوله: «**أراك تجيعهم**» يحتمل أن يكون العبيد قد شكوا ذلك إليه، واعتذروا به لسرقتهم، ويحتمل أن يكون ثبت ذلك عنده ببينة شهدت به، ويحتمل أن يكون رأى فيهم من الضعف ما استدل به عليه، فأنكر عليه إجاعتهم؛ لأنه يلزم السيد أن لا يجيع رقيقه بل يشبعهم الوسط أو يبيعهم، لما روى أبو ذر أن رسول الله ﷺ قال: «إخوانكم خولكم، جعلهم الله تحت أيديكم، فمن كان أخوه تحت يده، فليطعمه مما يأكل، ويلبسه مما يلبس، ولا تكلفوهم ما يغلبهم، فإن كلفتموهم فأعينوهم»(*).

فصل: وقوله: «**والله لأغرمنك غرمًا يشق عليك**» يريد به الغرم الكثير الذى يعلم أن حاطبًا يتوجع له مع كثرة ماله، ولعله أداه اجتهاده على أن ذلك يجوز له على وجه الأدب والتعزير لحاطب على إجاعته لرقيقه، وإحواجه لهم إلى السرقة التى كانت سبب قطع أيديهم، وسبب إتلاف ناقة المزنى، فرأى أن يغرمه إياها، ولعله قد كان كرر نهيه إياه عن ذلك، وحد له فى قوتهم حدًا لم يمتثله.

قال مالك فيمن اتخذ فى ماشيته كلبًا عقورًا، فتقدم إليه الإمام فى إزالته، فلم يزله، وقتل أحدًا: إن على صاحبه ديته، ولاشك أنه لو كان عبدًا للزمته قيمته، وقد قال مالك

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٣٠، ٢٥٤٥. مسلم حديث رقم ١٦٦١. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٠٩٢١.

فيمن غش لبنًا أو زعفرانًا أو مسكًا: لا يهراق، وليتصدق به، ولم يخص قليلاً ولا كثيرًا.

وقال ابن القاسم وغيره: إنما ذلك في اليسير، فأما الكثير، فلا يتصدق به، ويوجع أدبًا، هذا الذي أشار إليه أصحابنا في تأويل هذا الحديث، ويحتمل عندي أن يكون أراد الغريم لما أوجب عليه من قيمة الناقة لما اعتقده من كثرة قيمتها، وأن حاطبًا شق عليه غرم مثلها، والله أعلم.

وقد سأل ابن مزين أصبغ عن قول مالك: «ليس العمل عندنا على تضعيف القيمة»، إن كان مالك يرى على السيد الغرم من غير تضعيف. قال أصبغ: لا يلزم السيد من ذلك إلا قيمة واحدة، لا أقل ولا أكثر، لا في ماله ولا في رقاب العبيد القطع الذي وجب عليهم.

قال الداودي: غلط من ظن أن القطع نفذ، وإنما كان عمر أمر بقطعهم، ثم قال: «أراك تجيعهم»، ثم أمر بصرفهم، ولم يقطعهم، وعذرهم بالجوع، وهذا معلوم من سيرة عمر في عام الرمادة، فإنه لم يقطع سارقًا.

وقد روى ابن وهب في موطئه هذا مفسرًا من حديث أبي الزناد عن أبيه عن عروة أن عبدالرحمن بن حاطب قال: توفي حاطب، وترك أعبدًا منهم من يمنعه من ستة آلاف، يعملون في مال لحاطب بسوان، فأرسل عمر، فقال: هؤلاء عبيدك قد سرقوا، ووجب عليهم ما وجب على السارق، فانتحروا ناقة لرجل من مزينة، واعترفوا بها، ومعهم المزني، فأمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم، ثم أرسل وراءه من يأتيه بهم، فجاء بهم، فقال لعبدالرحمن بن حاطب: أما لولا أني أظنكم تستعملونهم، وتجيعونهم حتى لو وجدوا ما حرم الله لأكلوه لقطعهم، ولكن والله إذا تركتهم لأغرمنك غرامة توجعك.

مسألة: وإن كان للعبيد أموال، فقد قال أصبغ: إنما كان يكون غرمها في أموال العبيد لو كانت لهم أموال، وإلا فلا شيء، وإنما يكون في رقابهم ما كان من سرقة لا قطع فيها، فيخير السيد بين إسلامهم أو افتكاكهم بقيمتها. وقال ابن المواز: لا يتبع في السرقة التي تقطع في رقبته، ولا فيما في يده، ولو ثبت ذلك بالبينة إذا لم توجد بعينها، لأن ماله إنما صار له بعد العتق.

فصل: وقوله: «**للمزني: كم ثمن ناقتك**» يريد قيمتها يحتمل أن يكون ذلك لما انتفى حاطب من معرفة قيمتها؛ لأن القول قول الغارم، ويحتمل أن يكون بدأ المزني ليعرف منتهى ما يدعيه، ثم توقف حاطب عن الإقرار بذلك، والإنكار له، وهكذا وجه العمل؛

لأنه لا يوقف مدعى عليه حتى يعلم منتهى دعوى المدعى فى دعواه تلك فى قدرها وجنسها، فيصح توقيف المدعى عليه على ذلك ليقر بعد ذلك أو ينكر.

فصل: وقول المزنى «**كنت والله أمنعها من أربعمائة درهم**» على معنى الإخبار بقيمتها على التحرى بذلك، وإن ذكر أقل ما يمكن من قيمتها، وما كان يمتنع من بيعها به، ويحتمل أن يكون قسمه على معنى تحقيق دعواه، والإخبار عن تيقنه كما قال، وما ادعى من القيمة لا على معنى الاستحقاق للقيمة بيمينه.

ولم يحتج عمر أن يحلفه إما لأن حاطبًا صدقه؛ لأن قومًا شهدوا له بذلك، أو لأنه بنى أن يأخذ له من حاطب أكثر من القيمة على معنى التأديب له لما جناه بإجاعة رقيقه، ولذلك لم يقتصر على ما ادعاه المزنى من قيمة ناقته حتى أضعف ذلك عليه، ورأى المزنى أحق الناس بذلك؛ لأنه هو الذى جنى عليه بتفويت ناقته لأنه وإن كان أخذ قيمتها أربعمائة درهم، فقد كان له غرض فى عينها، ففوته عينها بسرقتها ونحرها.

وهذا وإن كان وجهًا لاجتهاد عمر، فالقضاة اليوم لا يرون ذلك، ويرون على من جنى بتعد أو غيره قيمة واحدة هذا إذا حملنا قول عمر على أنه قصد تضعيف القيمة عليه، ويحتمل أنه لم يقصد ذلك وقصد وجهًا من وجوه سنذكر بعضها بعد هذا إن شاء الله تعالى.

فصل: وقوله: «**أعطه ثمانمائة درهم**» ظاهره تضعيف القيمة التى ادعاها المزنى، وقد قال مالك بأثر الحديث: «**ليس العمل عندنا على تضعيف القيمة، وإنما العمل عندنا أن يغرم الرجل قيمة البعير يوم يأخذه**» ظاهره أيضًا أنه لم يكن ظاهر حديث عمر فى تضعيف القيمة على الجانى.

قال القاضى أبو الوليد: ويحتمل عندى أن يكون عمر إنما أضعف القيمة؛ لأن المزنى ادعى لنفسه قيمة ناقة فى بلد أو زمن غير البلد، والزمن التى سرقت به، والقيمة تتضاعف فيه، ولذلك قال: وإنما يلزم الرجل قيمة البعير يوم أخذه، يريد أن قيمته إن زادت بعد أن عرف صاحبها قيمته بتغيير الأسواق بانتقال زمن أو بنقله إلى مكان، فإن تلك الزيادة له، ولو نقصت لكان النقصان عليه.

وقد قال الشيخ أبو محمد: رأيت لابن كنانة أنه إنما سأله عن ثمن ناقته، فأضعفه، يحتمل أن يصادف تضعيف القيمة قيمتها اليوم. قال غيره: ولو لم يقل بذلك أحد بعده لم يجب القول به.

ولو أجمعوا على ترك العمل بحديث النبى ﷺ لترك، وعلم أنهم لم يجمعوا إلا لأمر يجب المصير إليه، غير أن الأول أظهر، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقول مالك: «**وإنما يغرم الرجل قيمة البعير يوم أخذه**» يريد أن ما لحقه من نقص فى ضمان من أخذه، فإن أدركه نقص، ثم هلك ضمنه الآخر سالمًا من ذلك النقص، وإن وجده ناقصًا، فعلى ما قدمناه قبل هذا من مراعاة النقص، إن كان من فعل الآخر أو من فعل غيره، وإن زاد عند المتعدى، فوجده صاحبه كان له أخذه بزيادته، وإن هلك بعد الزيادة لم يكن عليه إلا قيمته يوم الأخذ، وبالله التوفيق.

* * *

القضاء فيمن أصاب شيئًا من البهائم

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: الأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَنْ أَصَابَ شَيْئًا مِنَ الْبَهَائِمِ، إِنَّ عَلَى الَّذِى أَصَابَهَا قَدْرَ مَا نَقَصَ مِنْ ثَمَنِهَا[1].

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن من أصاب شيئًا من البهائم، فنقصتها جنايته نقصًا، لم يمنع منفعتها المقصودة منها كان عليه قيمة ما نقص من قيمتها، وذلك أن تساوى سالمة عشرة دنانير وتساوى بالجناية ثمانية، فإن عليه ما نقص منها، وذلك خمس قيمتها، وذلك ما لم تتلف منفعتها المقصودة منها.

فإن أتلفت منفعتها المقصودة منها من عمل بها أو غيره، فعليه قيمتها، وبه قال الليث. وقال الشافعى: ليس عليه إلا ما نقص منها، وبه قال أبو حنيفة فى عين الدابة والبقرة ربع ثمنها، وفى شاة القصاب ما نقصها.

قال الطحاوى: وهذا استحسان، وقد تقدم الكلام فى هذا فى باب القضاء فى استهلاك الحيوان بما يغنى عن إعادته، والله أعلم.

قَالَ يَحْيَى: وسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ فِي الْجَمَلِ يَصُولُ عَلَى الرَّجُلِ، فَيَخَافُهُ عَلَى نَفْسِهِ، فَيَقْتُلُهُ أَوْ يَعْقِرُهُ فَإِنَّهُ، إِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَهُ وَصَالَ عَلَيْهِ، فَلا غُرْمَ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ تَقُمْ لَهُ بَيِّنَةٌ إِلا مَقَالَتُهُ، فَهُوَ ضَامِنٌ لِلْجَمَلِ[2].

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٢٦٣/٢٢.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٣٨.

الشرح: وهذا على ما قال أن من صال عليه جمل أو دابة، فقتلها أو قامت له بينة بأنه قد خافها على نفسه ، أن تقتله، فلا ضمان عليه، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة والثورى: هو ضامن.

والدليل على ما نقوله أن من قتل مخوفًا على نفسه دفعًا عنها، فإنه لا ضمان عليه فيه كالعبد يريد قتل الحر، فيقتله الحر؛ دفعًا عن نفسه، فإنه لا شيء عليه من قيمته.

مسألة: وهذا حكم الجمل إذا صال، فقتل أو عض، فلا يخلو أن يكون لم يشتهر بذلك عند صاحبه والناس، ولم يتكرر ذلك منه، أو يكون قد تكرر ذلك منه حتى شهر بذلك، وخيف من أجله، فإن كان لم يشتهر بذلك، فلا ضمان على صاحبه حتى يتقدم إليه السلطان فيه.

فإذا تقدم إليه فيه، فقد قال مالك: إذا تقدم إليه فى البعير، أو الدابة ضمن ما أفسدت بعد ذلك ليلاً أو نهارًا. وقال أشهب فى العتبية: لا يضمن رب الدابة على كل حال تقدم إليه السلطان فى إزالته أو جيرانه، فهو حكم عليه بضمان ما يتلفه، فلزمه بذلك كالحائط المائل.

وجه قول أشهب قوله ﷺ: «جرح العجماء جبار»(*). ومن جهة المعنى أن اتخاذه مباح، ولو لم يكن اتخاذه مباحًا على الإطلاق لضمن جنايته، وإن لم يتقدم إليه.

فرع: إذا قلنا يضمن، فهل يكون ذلك فى ماله أو على عاقلته.

قال مالك فى الجمل الصؤل قد عرف بذلك، يدخله صاحبه المدينة: إنه يضمن ما أصاب، وهو على العاقلة.

وقال ابن المواز: ما بلغ ثلث الدية، فعلى العاقلة. وقد روى عيسى عن ابن القاسم: أن هذه الجناية تكون جناية مضاف خطؤها إلى صاحب الدابة، فإذا بلغت الثلث، فهى على العاقلة كما لو باشرها.

ووجه الرواية الثانية أنها جناية من مملوك، فلم تتجاوز مال صاحبه إلى العاقلة. أصل ذلك جناية العبد.

(*) أخرجه مسلم حديث رقم ١٧١٠. الترمذى حديث رقم ١٣٧٧. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٢٤٩٧. أبو داود حديث رقم ٤٥٩٣. ابن ماجه حديث رقم ٢٦٧٥. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٧٦٩٠.

مسألة: وأما الكلب العقور، فإن المعانى المؤثرة فى ضمان صاحبه أن يتخذه، وهو يعلم أنه يعقر. والثانى أن يتخذه لما لا يجوز له اتخاذه. والثالث: أن يتخذه حيث لا يجوز له اتخاذه. والرابع: أن يتقدم إليه فيه.

فأما علمه بعقره، فإن كان تكرر ذلك منه، وشهر به، وخيف من أجله، فهو أشد من الحائط المائل، وقد قال أشهب فى المجموعة فى الحائط المائل المخوف الذى بلغ شدة الغرر، فلم يهدمه، وقد أمكنه هدمه: يضمن ما سقط عليه، أشهد عليه أو لم يشهد عليه؛ لأنه متعد كمن أوقف دابته بحيث لا يجوز له، وإن لم يبلغ ذلك لم يضمن، أشهد عليه أو لم يشهد، ويضمن إذا تقدم إليه السلطان.

وأما إذا كان الكلب إنما جرى ذلك له مرة أو فى الندرة، ولم يشتهر، فهذا لا يضمن حتى يتقدم إليه السلطان فيهن وإنما المعنى الثانى، وهو أن يتخذه لما لا يجوز له اتخاذه، مثل أن يتخذ كلبًا لدفع السراق عن ماشيته، فإنه يضمن ما عقر، ولو اتخذه لدفع السباع عنها، لم يضمن.

وأما المعنى الثالث بأن يتخذه حيث لا يجوز له اتخاذه، فقد روى ابن وهب عن مالك فيمن اتخذ كلبًا فى داره لماشيته، أنه يضمن ما عقر. قال محمد: لأنه للناس اتخذه؛ لأن الماشية إنما يخاف عليها فى الدار من الناس، وإنما أبيح اتخاذ الكلب للزرع والحرث والماشية فى مواضع رعيها، وحيث يدفع الذئاب عنها. قال محمد: وهو قول أشهب.

وروى أصبغ عن ابن القاسم فى المزينة: إن اتخذه حيث يجوز له اتخاذه، لم يضمن حتى يتقدم إليه فيه، وإن اتخذه حيث لا يجوز له، ضمن.

وقد قال مالك فى الجمل الصؤل، قد عرف بذلك، يدخله صاحبه المدينة: يضمن ما أصاب، فعلى هذا إن عرا من هذه المعانى كلها، لا يضمن، وإن وجدت فيه كلها ضمن، وإن لم يتقدم إليه، وإن وجد فيه بعضها، فعلى حسب ما تقدم.

فرع: وفى العتبية من رواية عبدالملك بن الحسن عن ابن وهب فى الدابة تصول، تعدو على الصبى فتقتله، مربوطة أو تنفلت من رباطها، وقد أعذر إليه الجيران: لا ضمان عليه حتى يتقدم إليه السلطان، ويجب أن يكون قد ربطه فى موضع يجوز له ربطه فيه على وجه يؤمن غالبًا حتى يكون ذلك مبيحًا لاتخاذه على ذلك الوجه.

وإنما الكلب العقور الذى شهر بذلك يتخذه الرجل حيث يجوز له اتخاذه لعقر السباع، فهذا أيضًا إذا عقر الناس وآذاهم، لا ضمان عليه حتى يتقدم إليه السلطان؛ لأنه موضع يجوز له اتخاذه.

وقد قال أشهب في العتبية: لا يضمن رب الدابة على حال تقدم إليه السلطان أو جيرانه، فيحتمل أن يريد دابة خيف ذلك منها، ولم يتقدم لها عقر ولا شهرت به، فيكون وفاقًا لما تقدم، ويحتمل أن يريد الذى تقدم لها الصول والأذى، فيكون خلافًا لقول مالك.

ويفرق بينه وبين الكلب، بأن الكلب منهى عن اتخاذه، وإنما أبيح اتخاذه لدفع الضرر على وجه ما، والحمى مباح اتخاذه على الإطلاق، وإنما يؤمر صاحبه بكف ضرره، إذا ثبت ضرره.

مسألة: والتقدم إلى صاحب الكلب والجمل، إنما يكون إذا ثبت ضرره، ويحتمل عندى أن يتقدم إليه فيه إذا ثبت أنه على حال كان يتقى ضرره، ولا يؤمن عقره كالحائط المائل، وقد قال ابن مزين: لا يكون التقدم إلا عند السلطان، إذا كان بموضع فيه سلطان، فإن كان بموضع لا سلطان فيه أشهد عليه العدول بالتقدم إليه فقط.

ووجه ذلك أن هذا حكم، ولا يثبت حيث يكون حاكم إلا بحكمه، وأما موضع لا حاكم، فجماعة المسلمين تقوم مقام الحاكم فى مثل هذا من الأمور التى يضطر الناس إليها، وهذا حكم من يكون التقدم منه. وأما من يكون التقدم إليه، فهو المالك، والناظر له، من أب أو وصى دون المحجور عليه، قاله محمد بن عبدالحكم فى الحائط المائل.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه يجوز له اتخاذ كلب الصيد فى داره، روى معناه ابن المواز عن ابن القاسم، وليس له اتخاذه فى داره لحراسة الناس، ولا ممن يسرق؛ لأنه ليس من الوجوه التى ورد الشرع بإباحة اتخاذه لها؛ لأنه لا يباح له عقر السارق، ولا قتله، وإنما أبيح له طرده، وعقر السباع المؤذية فى الزرع والماشية مباح، وكذلك الصيد للمأكلة، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**فإن لم تقم له بينة إلا قوله، ضمن**» ولم يذكر إن كان يثبت بشاهد ويمين أم لا، ويحتمل أن يكون فيه الخلاف على ما يأتى بعد هذا، وأما إذا صال الجمل فقتل، فقد روى عيسى عن ابن القاسم فى المزينة فى الكلب العقور أو الجمل الصؤل والثور إن أصابوا رجلاً بعد التقدم إلى أربابها، ولم يشهد على ذلك إلا شاهد واحد: أن ورثته يحلفون يمينًا واحدة، ويستحقون دية صاحبهم.

وقال أصبغ: لا يثبت من هذا إلا ما شهد به شاهدان، وأنكر رواية عيسى فى ذلك إنكار شديدًا، وقال: دية الحر المسلم بيمين وشاهد واحد.

وجه قول ابن القاسم أن هذه شهادة لا يستحق صاحبها غير المال توجه فثبتت بشهادة ويمين كالقرض والقراض.

ووجه رواية أصبغ أن هذه جناية فى الجسد على حر، فلم تثبت إلا بشاهدين كما لو جناها إنسان.

* * *

القضاء فيما يعطى العمال

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ فِيمَنْ دَفَعَ إِلَى الْغَسَّالِ ثَوْبًا يَصْبُغُهُ، فَصَبَغَهُ، فَقَالَ صَاحِبُ الثَّوْبِ: لَمْ آمُرْكَ بِهَذَا الصِّبْغِ، وَقَالَ الْغَسَّالُ: بَلْ أَنْتَ أَمَرْتَنِى بِذَلِكَ: فَإِنَّ الْغَسَّالَ مُصَدَّقٌ فِى ذَلِكَ، وَالْخَيَّاطُ مِثْلُ ذَلِكَ، وَالصَّائِغُ مِثْلُ ذَلِكَ، وَيَحْلِفُونَ عَلَى ذَلِكَ إلا أَنْ يَأْتُوا بِأَمْرٍ لا يُسْتَعْمَلُونَ فِى مِثْلِهِ، فَلا يَجُوزُ قَوْلُهُمْ فِى ذَلِكَ، وَلْيَحْلِفْ صَاحِبُ الثَّوْبِ، فَإِنْ رَدَّهَا، وَأَبَى أَنْ يَحْلِفَ، حُلِّفَ الصَّبَّاغُ[(١)] .

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن الصانع إذا دفع إليه ثوب، فصبغه، وأنكر صاحب الثوب أن يكون أمره بذلك، فالقول قول الغسال أنه أمره بذلك، وهذا ظاهر لفظ الكتاب، إلا أن صاحب الثوب قد ينكر، وهو على وجهين، أحدهما: أن يقول: أمرتك أن تصبغه. والثانى: أن يقول لم آمرك بصبغه.

فإذا قال: أمرتك أن تصبغه، فإنه أيضًا على قسمين، أحدهما: أن يقول له: أمرتك بغير هذا الصبغ. والثانى: أن يقول له: أمرتك بهذا الصبغ، ويختلفان فى القدر، فإن قال: أمرتك بغير هذا الصبغ، ولم يكن لواحد منهما بينة، فلا يخلو أن يكون قبل العمل أو بعده، فإن كان قبل العمل، فقد قال: يتحالفان، ويتفاسخان.

ووجه ذلك أنه لم يفت بالعمل، وقد تحالفا فى صفة ما وقع التبايع عليه، فوجب أن يتحالفا ويتفاسخا كبيع الأعيان.

مسألة: فإن تحالفا بعد العمل، فالقول قول الصباغ، وكذلك سائر الصناع، فيما يحوزه الصانع بالفوت، ولما له فيه من العمل بوجه حق. وقال أبو حنيفة والشافعى: القول قول صاحب الثوب.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٣٩.

وجه قول مالك أن الصانع حائز، فلا يستحق أخذه منه إلا بعد أداء ما له فيه، وصاحب الثوب مدع لأخذ ما في يده من الثوب، والصبغ على غير هذا الوجه الذى يقر به الصباغ، فكان القول قول الصباغ.

وقد روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك فى الحائك، يقول: أمرتنى أن أنسج لك سبعًا فى ثلاث، وقال صاحبه: بل سبعًا فى أربع: أن الحائك مصدق مع يمينه، ولو قال البناء: أمرتنى أن أبنى بيتًا خمسًا فى خمس، وقال رب العرصة: بل عشرة فى عشرة تحالفًا، فإن حلفا فسخ ذلك، ويقلع البناء نقضه إلا أن يشاء رب العرصة أن يدفع إليه قيمته مقلوعًا، وإن نكل البناء، وحلف صاحب العرصة، لزمه ما قال البناء.

والفرق بينهما أن الحائك حائز لما صار فى يديه، والبناء لم يحز العرصة، ولا ما بنى فيها، بل صاحب العرصة حائز لذلك كله؛ لأنه فى يده، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وهذا إذا اختلفا فى العمل، فإن اختلفا فى الجرة، فيقول الصانع: عملته بأربعة دراهم، ويقول صاحبه: استأجرتك بدرهمين، فإن كان لم يفت بالعمل تحالفا وتفاسخا.

وإن فات بالعمل، فالقول قول الصانع بخلاف البناء، فالقول قول صاحب العرصة بعد البناء، ذكره ابن نافع فى النوادر عن مالك، وذلك أن الصانع له يد على ما صنع فيه، فالقول قوله فيما بيده، ولا يستحق أن يخرج عمله من يده بما يدعيه عليه صاحب الثوب، والبناء عليه يد صاحب العرصة، فالبناء يدعى عليه زيادة فى ثمن عمل، قد فات، وقبض منه، فالقول قول صاحب العرصة؛ لأنه غارم مدعى عليه فيما بيده، والله أعلم.

مسألة: ولو قال الصانع: لم تأمرنى بشىء، وقال صاحبه: أمرتك بكذا، ففى كتاب محمد فى الخائط يقطع الثوب قميصًا، فيقول صاحبه: أمرتك بقطعه فرملاً: أن الخياط مصدق، ولا يضمن، إذا حلف، إلا أن يقطعه قطعًا لا يلبسه الآمر.

وقال ابن ميسر: إذا أقر الصانع أنه لم يأمر بشىء، فهو متعد، وإنما يصح الجواب إذا قال له صاحب الثوب: اقطعه على ما ترى، وقد عرف ما يقطع للرجل.

فوجه القول الأول أن العامل لما كان مصدقًا مع يمينه فى العمل لمكان اليد، صدق فى إنكار الصفة، وكان سكوت رب الثوب عن الصانع بمعنى اصنع ما تراه، وإنما يجب أن يكون ذلك إذا افترقا عن أن يشرع فى العمل دون وصف، وأما إذا افترقا عن أن يعود إليه، فيصف له ما يريد، فهو على ما قاله ابن ميسر.

ولا يكاد أن يتحقق من القسمين قسم ثالث إلا بأن يفارقه صاحب الثوب على أن يعود إليه للوصف، ويعتقد الصانع أنه قد أذن له فى العمل، فعلى هذا يجب أن يكون القول قول العامل؛ لأنه حكم ما يترك عنده غالبًا، والله أعلم وأحكم.

وجه قول ابن ميسر أنه أقر الصانع أنه لم يؤمر بشىء، فهو متعد لإقدامه على العمل دون صفة، ودون ما يقوم مقامها من العرف.

مسألة: فإن اتفقا على أنه لم يصف له شيئًا، فيقول له صاحبه: أردت كذا، ويقول الصانع: رأيت هذا مما يصلح لك، فقد روى عيسى عن ابن القاسم فيمن دفع إلى صانع جلدًا، ليعمل له خفين: إذا عمل ما يشبه لباس الناس ولباس الرجل، لم يضمن؛ ولأنه فوض إليه. قال: وكذلك الخياط فى الثوب وعامل القلانس فى الظهارة.

ووجه ذلك أنه إذا قال: اصبغ ثوبى هذا لونًا، فإن أمره يتناول كل لون، فأى لون صبغة الصباغ كان به ممتثلاً لأمر الآمر، وهذا إذا كان اللفظ يقتضى التفويض لصنعته أو اقترن به ما يقتضى التفويض.

ولو اقترن به ما يقتضى لونا يكون إلى رب الثوب تعيينه لكنه أخر ذلك لوجه رآه، فقد روى عيسى عن ابن القاسم: وأما الصباغ يصبغ الثوب لونًا بغير إذن ربه، فهو ضامن كمن أمر رجلاً بشراء خادم أو جارية.

ومعنى ذلك أنه لم يوجد من صاحب الثوب ما يقتضى التفويض إليه؛ لأن ذلك إذن له يدل على ذلك ما تقدم فى قوله فى مسألة الخفين.

وإذا تقدم هذان القسمان، فإن قول رب الثوب أصبغ هذا الثوب لونًا يقتضى بإطلاقه التفويض إلى الصباغ، ولاسيما على قول من قال من أصحابنا: إن الأمر على الفور، وذلك أيضًا على قول من يقول أنه على التراخى؛ لأنه لا خلاف أنه يجوز للمأمور امتثال الأمر المطلق على الفور، إلا أنه على القول الأول ألزم، إلا أن يقترن به ما يمنع التفويض، وهذا أيضا معنى قوله: اشتر لى خادمًا.

وفى المدونة من قول مالك فى الرجل يأمر الرجل يشترى له خادمة، ولا يصفها له: أنه إن اشترى له من يكون مثلها من خدمه، لزمت الآمر، وهذا التخصيص بالعرف ولولا العرف للزمه أى خادم اشترى له، إذا اقتضى اللفظ ذلك، وتعدى عما يصرفه عن مقتضاه.

مسألة: وأما إذا قال: أمرتك بهذا الصبغ، واختلفا فى القدر، ففى المدونة من قول مالك فى الصباغ يصبغ الثوب، فيقول: صبغته بعشرة دراهم، ويقول صاحب الثوب: أمرتك بخمسة دراهم: القول قول الصباغ إذا كان ما فى الثوب من الصبغ يشبه ذلك، فإن أتى من ذلك بما يستدل به على كذبه ويشبه قول صاحب الثوب، فالقول قول صاحب الثوب، وإن أتى بما لا يشبه، رد إلى إجارة المثل.

ومعنى ذلك أن القول قول الصباغ بثلاثة شروط، أحدها ما تقدم، وهو أن يكون ما فيه من الصبغ يشبه ما قال. والشرط الثانى: أن يتفقا أو يقول الصباغ: لم يكن فيه صبغ، فإن اتفقا على أنه قد كان فيه صبغ، فالقول قول صاحب الثوب فى المقدار الذى اتفقا عليه، إذا كان ما زاد من الصبغ يشبه ما قال: والشرط الثالث: أن يعمله الصباغ عنده، ويغيب عليه.

فأما إذا لم يدفع إليه الثوب، ولم يغب عليه، ففى المدونة فى مسألة الثياب ما يقتضى أن القول قول صاحب الثوب؛ لأن اليد له، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإذا قال رب الثوب، عملته لى بغير أجر ولا عوض، وقال الصباغ: بل بأجر كذا وكذا درهمًا، ففى المدونة من قول ابن القاسم: القول قول العامل، إذا أتى بما يشبه أجر مثله، وإلا رد أجر مثله.

قال غيره: لأن رب الثوب مقر أنه دفعه إليه ليصبغه له، ويدعى عليه هذه الأجرة، وهاهنا إن كان ادعى الصباغ أجر مثله، فلا يمين على رب الثوب؛ لأنه يدفع عن نفسه به شيئًا، وإن ادعى الصباغ أكثر من أجر مثله حلف رب المتاع؛ ليسقط عن نفسه ما زاد من القيمة على أجر المثل.

ومعنى ذلك أن القول قول الصباغ بثلاثة شروط، أحدها ما تقدم، وهو أن يكون ما فيه من الصبغ يشبه ما قال. والشرط الثانى: أن يتفقا أو يقول الصباغ، لم يكن فيه صبغ، اتفقا على أنه قد كان فيه صبغ، فالقول قول صاحب الثوب فى المقدار الذى اتفقا عليه، إذا كان ما زاد من الصبغ يشبه ما قال.

والشرط الثالث: أن يعمله الصباغ عنده، ويغيب عليه. فأما إذا لم يدفع إليه الثوب، ولم يغب عليه، ففى المدونة فى مسألة الثياب ما يقتضى أن القول قول صاحب الثوب؛ لأن اليد له والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإذا قال رب الثوب: عملته لى بغير أجر ولا عوض، وقال الصباغ: بل بأجر

كذا وكذا درهمًا، ففى المدونة من قول ابن القاسم: القول قول العامل، إذا أتى بما يشبه أجر مثله، وإلا رد أجر مثله.

قال غيره: لأن رب الثوب مقر أنه دفعه إليه ليصبغه له، ويدعى عليه هذه الأجرة، وهاهنا إن كان إن كان ادعى الصباغ أجر مثله، فلا يمين على رب الثوب؛ لأنه يدفع عن نفسه به شيئًا، وإن ادعى الصباغ أكثر من أجر مثله، حلف رب المتاع؛ ليسقط عن نفسه ما زاد من القيمة على أجر المثل.

فصل: وأما إذا قال: لم آمرك بصبغه، فلا يخلو أن يقول: دفعته إليك، ولم آمرك بصبغه أو يقول: لم أدفعه إليك، فإن قال: دفعته إليك وديعة، ولم آمرك فيه بعمل، وقال الصانع. بل أمرتنى بالعمل، ففى المدونة قال ابن القاسم: القول قول العامل. وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: القول قول العامل، إذا صبغه ما يشبه. وقال غيره فى المدونة: العامل مدع.

وجه القول الأول أن اليد للعامل، ومع ذلك فقد أقر صاحبه بتسليمه إليه، فوجب أن يكون القول قول العامل فى صفة القبض، ولا يكون للدافع قبضه منه إلا ببينة أو اتفاق.

ووجه القول الثانى أن إقرار رب الثوب إنما هو فى تسليمه إليه، وأما الإذن فيما فيه من العمل، فقد ادعاه العامل، وأنكر رب الثوب، فالقول قوله إن لم يكن للعامل بينة.

فرع: إذا ثبت ذلك، فالقول قول العامل فيما يشبه من الأجرة وإلا رد إلى أجرة مثله، قاله ابن القاسم فى المدونة. وقال غيره: له الأقل من أجرة المثل أو ما ادعاه. وقد قال أبو محمد عبدالحق: إن العامل إذا ادعى ما يشبه أجرته، فلا يمين على رب الثوب؛ لأنه لا يحط عن نفسه بها شيئًا، وإن ادعى أكثر من ذلك، فعليه اليمين ليحط عن نفسه ما زاد على أجرة المثل.

مسألة: وإذا قال رب الثوب: سرق منى، ولم أدفعه إليك، وقال: بل استعملتنيه، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: يتحالفان، ويقال لصاحب المتاع: خذه معمولاً، وادفع أجرة مثله، فإن أبى قيل للعامل: خذه، وادفع قيمته غير معمول، فإن أبى كانا شريكين، هذا بقيمة عمله، وهذا بقيمة متاعه غير معمول؛ لأن كل واحد منهما مدع على صاحبه.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: القول قول رب الثوب، ويكون له أن يدفع قيمة الصبغ أو يلزمه قيمة الثوب غير مصبوغ إلا أن يشاء الصباغ أن يسلم إليه الثوب مصبوغًا بغير شىء، فإن أبى كانا شريكين، صاحب الثوب بقيمته أبيض، والصباغ بما زادت قيمته بالصبغ، رواه أصبغ عن ابن القاسم.

وقال الغير فى المدونة: لا يكونان شريكين والعامل مدع.

وجه القول الأول أنه لما كان لكل واحد منهما شبهة، ولم يعلم بتعدى العامل أدتهما الإباية إلى الشركة، كالذى يبنى فى أرض غيره بشبهة.

ووجه قول الغير أن الصانع مدع، فلا يجوز له أن يدخل ضرر الشركة على صاحب الثوب، ويجبر على أن يدفع قيمة الثوب.

فرع: إذا ثبت ذلك، فوجه العمل فى التحالف، قال الشيخ أبو محمد: إن اختار رب الثوب أن يأخذ ثوبه، ويعطيه قيمة الصبغ، وكانت قيمة الصبغ أقل مما ادعى الصانع أو أكثر من ذلك، أدى ذلك رب الثوب، ولا يمين عليه، وإن كانت قيمة الصبغ مثل ما ادعى الصانع، حلف رب الثوب ما دفعه إليه، ويؤدى قيمة الصبغ.

فإن قال: أريد أن أضمنه، فإن طاع الصباغ أن يعطيه قيمة ثوبه أبيض، فلا يمين على واحد منهما، وإن أبى، تحالفا، وكانا شريكين فى الثوب، هذا مذهب ابن القاسم.

وأما على قول الغير أن الصانع مدع، فيحلف رب الثوب، أنه ما دفعه إليه، ثم يجبر الصانع على دفع قيمة الثوب، هذا قول الصقليين والقرويين من شيوخنا، وهو مخالف لظاهر لفظ الكتاب؛ لأن ظاهر لفظ الكتاب يقتضى التحالف قبل التخيير، وعلى ما تأولوه يثبت التخيير قبل التحالف.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى أن حمل اللفظ على ظاهره أولى، وهو أن يبدأ بأيمانهما قبل التخيير؛ لأن التخيير إنما يستحق بعد الأيمان، فحلف أولا رب الثوب ليسقط عن نفسه ما ادعى عليه من الإذن فى الصبغ، ويحلف الصانع ليسقط عن نفسه ما ادعى عليه من التعدى، فإذا كمل ذلك بينهما بدئ بتخيير رب الثوب، لأن الأصل له، وقد بسطت القول فى هذه المسألة فى شرح المدونة، والله أعلم بالصواب.

قَالَ: وسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ فِي الصَّبَّاغِ يُدْفَعُ إِلَيْهِ الثَّوْبُ، فَيُخْطِئُ بِهِ، فَيَدْفَعُهُ إِلَى رَجُلٍ آخَرَ حَتَّى يَلْبَسَهُ الَّذِى أَعْطَاهُ إِيَّاهُ: إِنَّهُ لا غُرْمَ عَلَى الَّذِى لَبِسَهُ، وَيَغْرَمُ الْغَسَّالُ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ وَذَلِكَ إِذَا لَبِسَ الثَّوْبَ، الَّذِى دُفِعَ إِلَيْهِ عَلَى غَيْرِ مَعْرِفَةٍ بِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ، فَإِنْ لَبِسَهُ وَهُوَ يَعْرِفُ أَنَّهُ لَيْسَ ثَوْبَهُ، فَهُوَ ضَامِنٌ لَهُ(١).

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٤٠، وقال: خالفه أكثر الفقهاء فى هذا منهم، الشافعى والكوفى، وقالزا: رب الثوب مخير، إن شاء ضمن لابسه قيمة ما لبسه إلا أن يكون=

قوله: «**أن الصباغ يضمن ما أخطأ به من الثياب، التي بعضها للقابض لها**» يقتضي ضمان الصناع مما ضاع عندهم مما قبضوه على ما نفسره بعد هذا، وضمانهم في الجملة مما أجمع عليه العلماء. وقال القاضي أبو محمد: إنه إجماع الصحابة، وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه: لا يصلح الناس إلا ذلك.

قال مالك في المدونة والموازية وغيرها: وذلك لمصلحة الناس، وإذ لا غنى بالناس عنهم كما نهى عن تلقي السلع وبيع الحاضر للبادي للمصلحة، وبمثل ذلك ضمن الأكرياء الطعام خاصة للمصلحة، وما أدركت العلماء إلا وهم يضمنون الصناع.

قال القاضي أبو محمد: لأن ذلك تتعلق به مصلحة، ونظر للصناع، وأرباب السلع، وفي تركه ذريعة إلى إتلاف الأموال، وذلك أن بالناس ضرورة إلى الصناع؛ لأنه ليس كل أحد يحسن أن يخيط ثوبه أو يقصره أو يطرزه أو يصبغه، فلو قلنا القول قول الصناع في ضياع الأموال لتسرعوا إلى دعوى ذلك وللحق أرباب السلع ضرر؛ لأنهم بين أمرين إما أن يدفعوا إليهم المتاع، فلا يؤمن منهم ما ذكرناه، أو لا يدفعوه، فيضر بهم، فكان تضمينهم خلافًا للفريقين.

ودليلنا من جهة المعنى أنه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق للأخذ بعقد متقدم، فلم يقبل قوله في تلفها كالرهن والعارية.

مسألة: ولو شرط الصانع أنه لا ضمان عليه، ففي العتبية والموازية عن أشهب عن مالك: لم ينفعه الشرط. وروى عن أشهب: أن ذلك ينفعه.

وجه القول الأول أنه محل للضمان متفق عليه، فلا يجوز نقله بالشرط كشرطه في القرض والبيع.

ووجه القول الثاني أنه شرط الضمان فيما يسقط عنه الضمان بالبينة عن تلفه من غير

=أخلفة جدا فيضمن وإن شاء ذلك للغسال الذي أخطأ بالثوب؛ فدفعه إلى غير صاحبه، فإن غرم الغسال رجع على لابس الثوب بقيمة ما نقصه اللباس أو بقيمته إن أخلقه، وإن غرم اللابس لم يرجع بشيء على أحد، لأنه إنما أغرم قيمة ما استهلك كما لو أخذ خبزًا، أو شيئا من المأكول لغيره، فأعطاه لمن أكله أن صاحبه مخير، إن شاءَ ضمن الآكل وإن شاء ضمن الذي أخذ خبزه. إلا أنهم اختلفوا هاهنا؛ فقال بعضهم: إن ضمن الآكل، ورجع على المعطي، لأنه غره، وكأنه تطوع له بما أعطاه. هذا إذا لم يعلم الآكل أنه مال غيره، فإن علم ضمن، ولم يرجع على أحد. ومنهم من قال: يغرمه الذي أكله على كل حال؛ لأن الأموال تضمن بالخطأ، كما تضمن بالعمد، وبالله التوفيق.

تعد، فوجب أن ينفعه ذلك، ويسقط عنه؛ لأن معنى ذلك تصديقه في الضياع، ومن شرط التصديق نفعه كمن شرط ذلك في الاقتضاء، والمشهور عن أشهب أنه ضامن مع البينة، والله أعلم.

مسألة: ومن أعطى ثوبه لصانع يعمل فيه، فقال: يكون عندى حتى آتى، فأعاملك فيه، فيضيع، فقد روى ابن حبيب عن أصبغ: أنه ضامن؛ لأنه تركه عنده على العمل لا على الأمانة.

مسألة: وسواء كان الصانع خاصا أو مشتركًا خلافا لأبى حنيفة فى قوله: يضمن المشترك، وللشافعى فى قبض المشترك قولان، هذا الذى حكاه القاضى أبو محمد.

وحكى ابن حبيب عن مالك: لا يضمن الصانع الخاص، وهو الذى يحمله إلى مكانه يصنع فيه، والذى يعمل فى حانوته هو المشترك، قال: وقاله كله أصبغ.

وإذا كان معنى الخاص الذى يعمل عندك، فالمشهور من المذهب أنه غير ضامن، وبه قال ابن القاسم وغيره من أصحابنا.

وإن كان معنى الخاص الذى لم ينصب نفسه للعمل، وإنما عمل بهذا خاصة، ففى العتبية، قال عيسى: من دفع ثوبًا إلى رجل يقصره أو يخيطه أو يرقعه، فضاع عنده، لم يضمنه، إذا لم ينصب نفسه صانعًا، وهو كالأمين حتى ينصب نفسه لذلك فيضمن.

فإذ قلنا إن الخاص وهو من عمل فى منزل صاحب المتاع، وأنه لا يضمن، فقد روى عيسى عن ابن القاسم وابن وهب فى العتبية: أنه لا يضمن ما أصاب الثوب من حرق أو فساد، إلا أن يغر من نفسه، فيضمن.

وجه القول الأول أنه صانع، فكان ما يأخذه على حكم ضمان الصناع كالمشترك.

ووجه القول الثانى أنه غير قابض لما يصنع فيه، فلم يضمنه باليد كما لو تلف قبل أن يقبضه الصانع.

مسألة: وسواء عملوه بأجر، أو بغير أجر، فإنهم ضامنون، رواه ابن حبيب وغيره عن مالك، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: لا يضمن من عمل بغير أجر.

والدليل على ما نقوله أنه صانع، لم تقم له بينة على هلاك ما قبضه للعمل، فكان ضامنًا كما لو عمله بأجر.

مسألة: ويضمن الصانع، وإن كان معه صاحب المتاع، وقد روى ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم: إن كمر الثوب بحضرة صاحبه، فقطعه من غير تفريط ولا تعد، فإنه يضمن.

ومعنى ذلك أن الصانع ضامن لما أصاب الثوب مما لم تقم به بينة، وإذا أصابه أمر من قبله، فهو أحق بالضمان؛ لأنه لا يعلم قصده.

فرع: ولو كان صاحب الثوب يعمل معه، فقد قال ابن حبيب وابن المواز: ما أصابه من عمل صاحبه، فلا ضمان على الصانع، وإن كان من عمل الصانع، فهو منه، وإن جهل ذلك، فهو منهما يلزم الصانع نصف ما نقصه.

ووجه ذلك أنه لو كان من فعلهما لكان منهما فإذا تردد بينهما، ولم يكن أحدهما أخص به من الآخر، فهو بمنزلة أن يكون من فعلهما.

مسألة: ويضمن الصانع ما أصلح فيه اليسير، وإن كان بغير أجر مثل فصل خاتم ورقعة ثوب أو زره أو سير فى قلادة بقيمته، إذا أسلم ذلك إليه، رواه ابن حبيب عن مالك، ومثله فى كتاب محمد.

ووجه ذلك أنهم لما ضمنوا ما أسلم للضرورة العامة، فهذا المعنى موجود فى مسألتنا.

وإذا أفسد الخياط أو القصار الثوب فسادًا يسيرًا، فقد قال مالك فى الموازية والمختصر: عليه ما نقصه بعد أن يرفأه، يقال ما قيمته يوم دفعه إليه صحيحًا، وما قيمته ذلك اليوم مرفوا، فيغرم ما بين ذلك، وإن كثرا ضمن قيمته كله يوم دفعه إليه.

وروى ابن وهب عن مالك: إذا أفسده بخياطة، فله أن يضمنه قيمته يومه صحيحًا، وقال مالك فى الموازية: ولا يضمن من دفعت إليه لؤلؤة لثقبها إذا كسرت. قال أصبغ فى العتبية: أو يخرم موضع الثقب، ولو تعدى الثقب لضمن.

قال مالك وابن القاسم وأشهب: وكذلك القوس تدفع لمن يعمرها، والرمح لمن يقومه، والفص لمن يثقشه، والدابة يسرجها البيطار، والسيف يقومه الصقال، فينكسر ذلك كله أو المريض يسقى الدواء أو يكويه الطبيب فيموت من كيه، أن الخاتن يختن الصبى، فيموت من ختانته أو الحجام يقلع الضرس فيموت صاحبها، أنه لا يضمن أحد منهم.

فرق: والفرق بين هذا وبين ما تقدم ما قاله ابن حبيب، أن الغالب فى هذا كله

الغرر، فصاحبه إذا أذن فى العمل، وعمل على ما جرت به العادة من العمل، فقد عرضه لما حدث عليه، فلا ضمان على الصانع، وإنما يضمن بالتعدى أو بتلف بغير بينة، فإذا لم يوجد منه تعد، ولا تلف مجهول، فلا ضمان عليه.

وقد قال مالك فى الموازية والمدونة فى الفران: لا يضمن ما أحرق من الخبز والغزل؛ لأن احتراقه ليس من سببه، وهو من غلبة النار، إلا أن يغر من نفسه أو يفرط، فيضمن، وذلك إذا غر من نفسه، فقد تعدى من تناول ما لا يحسن، وقد فسد بسببه وعمله، فكان عليه ضمانه، والفران إذا غر من نفسه، وهو لا يحسن الخبز، وفرط، فقد وجد منه التعدى الموجب للضمان.

وأما الخياط تفسد الثوب خياطته، والطاحن يفسد القمح طحينه، فإن الفساد من سببه على وجه يمكنه الاحتراز منه غالبًا، فكان عليه ضمانه، وكذلك فى الخبز لو كان احتراقه بسببه على وجه يمكنه الاحترز منه لضمن.

وقد قال ابن حبيب: إنه لو احترق بتضييع منه أو عبث فى وقيد لضمن، وكذلك فى اللؤلؤة إذا تناول ثقبها من موضعه، فلا ضمان عليه، وإن انخرمت؛ لأنه أمر غالب، وإن قال أهل البصر بذلك إنه تناوله من غير موضعه، فهو ضامن.

فرع: إذا كمل ذلك، فنرجع إلى أصل المسألة، فعلى الصانع فى ضمان الثوب قيمته يوم قبضه.

ووجه ذلك أنه حينئذ ضمنه كالغاصب والمشترى، ولو تلف بعد كمال الصنعة وقامت بينة بتمام الصنعة فيه، ثم تلف، فقد قال ابن المواز: عليه ضمان قيمته يوم قبضه، ونحوه قال ابن القاسم فى المدونة.

ولو قامت بينة بضياعه، فقد قال ابن المواز: هو من صاحبه، وعليه الأجرة، وقال ابن القاسم فى المدونة: لا أجرة عليه؛ لأنه لم يسلم العمل إلى صاحبه.

وجه قول ابن المواز أن العمل لما صار فى الثوب كان ذلك قبضًا من صاحبه للعمل؛ لأنه قد صار فيما يملكه، فكان عوض ذلك العمل.

ووجه قول ابن القاسم أن حصول الصنعة فى الثوب ليس بقبض لها، وإنما يحصل القبض لها برجوع الثوب إلى يد صاحبه يدل على ذلك أنه لو تلف الثوب بغير بينة، وقد قامت بينة بتمام الصنعة لم يلزم صاحب الثوب العوض منها.

مسألة: وإذا ادعى الفران احتراق الخبز بغلبة النار، فقد روى ابن حبيب: إنما يسقط الضمان عن الفران إذا بقى من الخبز أو الغزل ما يعلم به أنه خبز ذلك الرجل أو غزله. فأما لو ذهب أصلاً، ولم يعرف إلا بقوله أنه احترق لضمن.

ووجه ذلك أنه إذا ادعى ضياعًا وتلفًا غير معلوم، فهو عندى على وجه الضمان، ولا يصدق فيه، وأما إذا كان الخبز باقيًا، فهو مصدق فى قوله إنه غلبته النار، بغير بينة، وصاحبه مدع التعدى، قال ذلك أصبغ فى العتبية فى ثقب اللؤلؤة، ثم قال: وكذلك كل صاحب صنعة على هذا المعنى.

وكذلك ذكر ابن حبيب عن مالك فى قرض الفأر ولحس السوس إذا ادعى صاحب الثوب تضييع القصار؛ لأنه مدع فى ذلك والقصار مصدق؛ لأن التعدى لا يلزم بالدعوى.

فرع: ولو تلف الخبز عند الفران، فقد قال سحنون وغيره من أصحابنا: هو له ضامن، وقد أسلمه إليه صاحبه. وقد قال سحنون: لو تركه صاحبه، ولم يعلم به الفران، فلا ضمان عليه، إذا وجب عليه الضمان بتسليمها إليه، ففى سماع ابن وهب والمختصر الكبير: لا يعجبنى أن يعطيه غير خبزته وليعطيه مثلها، ولا بأس أن يأخذ أصغر من خبزته، ولا يأخذ أكبر منها. وقال محمد بن عبدالحكم: لا يأخذ غير خبزته فى قول مالك. قال الشيخ أبو محمد: يريد أن الفران ضامن للرجلين.

مسألة: وأما الخاتن، فلا ضمان عليه فى موت الصغير إلا أن يخطئ بقطع الحشفة أو بعضها، فعلى عاقلته من ذلك الثلث، فأكثر وما قصر عن الثلث، ففى ماله إن كان ممن يحسن وإن كان ممن لا يحسن، وغر من نفسه، فذلك كله فى ماله، وكذلك الطبيب وقالع الضرس والبيطار، ويعاقبون مع ذلك، رواه ابن حبيب عن مالك.

مسألة: وإذا ادعى الصانع بعد ذهاب المتاع ببينة أنه سرق، لم يصدق فى ذهاب المتاع، وكذلك لو احترق بيته، ورأى ثوب الرجل يحترق فيه، روى محمد عن مالك: هو ضامن، وكذلك الرهن، قال محمد: حتى يعلم أن النار من غير سببه أو سيل يأتى أو ينهدم البيت، فهذا وشبهه يسقط فيه الضمان، وهذا الذى رواه محمد عن مالك مخالف لما رواه محمد بن حبيب عن مالك فى قرض الفأر، وادعى صاحب الثوب بتعدى الصانع وتضييعه، وقول مالك: الصانع مصدق والتعدى لا يلزم بدعوى صاحب المتاع، والله أعلم وأحكم.

فعلى هذا ففيما أشكل وجه سببه روايتان، إحداهما: أن الصانع ضامن. والثانية: أنه مصدق.

ووجه الرواية الأولى أن التعدى سبب للضمان، فوجب أن يثبت حكمه بالتهمة فى حق الصانع. أصل ذلك المغيب عليه.

ووجه الرواية الثانية ما أشار إليه مالك أن التعدى لا يثبت بالدعوى. ومعنى ذلك أن التلف ظاهر، وهو تبرؤ من سبب الضمان الذى هو المغيب على المصنوع، وهذا فيما أشكل وجه سببه، وتيقن السبب كالحرق وقرض الفأر.

وأما إذا أشكل السبب نفسه، فلم يعلم هل هو قرض فأر أو غيره، ففى المدونة فى الفار يقرض الثوب عند القصار. قال مالك: ومن يعلم فى مسألتك أن الفار قرضه يضمن القصار حتى يقوم ببينة أن الفأر قرضه. وقال فى الموازية: ويتبين ذلك للناظر إليه. قال فى المدونة: من غير تضييع، فلا يضمن.

وقال فى الموازية فى قرض الفأر ولحس السوس: وإن أشكل ذلك، فالصانع ضامن حتى تقوم بينة أنه قرض فأر أو لحس سوس، ولم يكن ضيع، ففى هذا الوجه قول مالك، وهو الضمان، والله أعلم.

مسألة: وإذا جعل الخياط وجه الثوب إلى داخل، فإنه يفتقه ويعيده، فإن كان الفتق ينقصه، خير ربه بين أن يضمنه قيمته يوم قبضه أو يأمره بفتقه وإعادة خياطته.

قال سحنون فى كتاب ابنه: ووجه ذلك أن هذا عمل ينقصه ويمنع لباسه على الوجه المعتاد من مقصود الجمال، وهو مما يستطاع تغييره واستدراكه، فإن كان ذلك لا ينقص الثوب لزمه استدراكه وإزالة ما دخل من الفساد فيه، وإن كان ذلك ينقصه، فعلى ما تقدم من التخيير؛ لأن صاحب الثوب دفع النقص عن نفسه، والله أعلم.

مسألة: وإذا أخرج القصار الثوب أسود رديئًا، فقد قال سحنون فى كتاب ابنه: عليه أن يعيده حتى يجوده، فإن كان رده يفسده بأن يسترخى، وينكس وجهه، وخيف أن يحترق، فلا يرده، وينظر، فإن أفسده بذلك فسادًا بينًا، ضمن قيمته أسمر، يريد عندى يوم قبضه خامًا، وإن كان الفساد يسيرًا، أعطاه به قيمة العمل الردىء. قال الشيخ أبو محمد: ما لم يجاوز شرطه.

ووجه ذلك أن استدراك تبييضه إذا أمكن من غير إفساد الثوب لزمه عمله؛ لأن عمله

الأول الذى استؤجر عليه لم يتمه بعد، فعليه إتمامه، وإن كان لا يتم ذلك إلا بإفساد الثوب، فهو مخير بين أن يضمنه قيمته أو يأخذه على ما هو عليه. وقال فى الفساد الكثير: يضمنه قيمته.

ومعنى ذلك عندى إن شاء، أن يضمنه. وقال فى الفساد اليسير: إن له أن يدفع إليه قيمة العمل الردىء، ولم يجعل له خيارًا فى تضمينه القيمة، وهو الصواب إن شاء الله تعالى.

مسألة: وإذا كيل القمح على الطحان وأسلم إليه، فقد قال ابن القاسم: هو ضامن له. قال مالك: أرجو أن يكون تضمينه خفيفًا.

ووجه ذلك أنه إن كان حكمه حكم الصناع، وهو الأظهر، فهو ضامن للطعام وغيره، وإن كان حكمه حكم الحمالين، فهو ضامن أيضًا؛ لأن الحمال المنفرد لحمل الطعام هو ضامن له.

فرع: إذا ثبت أنه ضامن، فقد قال ابن القاسم: يعطى قدر ما نقص دقيقًا على ما يعرف الناس، يريد أنه أخذه بالكيل، فيعطى من كيل الدقيق ما يعلم الناس أنه ينتهى إليه بالطحن ما نقص من القمح وللطحان الأجرة كاملة. وقال ابن المواز: عليه قمح مثله، وهو قول مالك فى العتبية من رواية ابن القاسم عنه.

وجه القول الأول أنه قد استؤجر على طحن القمح، ولا يتعين بالإجارة على هذا الأصل، فعليه أن يأتى بقمح مثله ويطحنه، وتكون له الأجرة، وعلى قول ابن المواز يضمن قمحًا مثله، ولا يكون عليه طحنه، وسقط من الأجرة بقدره؛ لأن الإجارة اختصت بتلك العين لاختلاف القمح فى الطحن، أو لأن الضياع جاء من قبل الطحان، والله أعلم.

فرع: وإذا طحن الطحان القمح على النقش، فأفسده بالحجارة، ففى الموازية والعتبية من رواية أصبغ عن أشهب: عليه قمح مثله، وقال به أصبغ.

مسألة: وإذا أفسد الحائك الثوب، قال ابن حبيب: يضمن الغزل. قال ابن القاسم: إن وجد مثل الغزل الحائك أتاه به، وعليه عمله، وإن تعذر مثله، فعليه قيمته يوم يقبضه، وتنفسخ الإجارة بينهما، هذا الذى حكاه ابن حبيب عن ابن القاسم.

وفى المدونة عن ابن القاسم فى الذى يضمن الحائك؛ لأنه نسجه على أقل من العرض والطول الذى شرطه: له قيمة غزله، وليس له مثله.

ومن استهلك غزل رجل فعليه قيمته، لا مثله؛ لأن مالكًا قال فيمن استهلك ثوبًا: عليه قيمته، فكذلك الغزل. وقال غيره: أصل الغزل الوزن، فعلى من تعدى فيه مثله، فيحتمل أن يريد بقوله: ليس له مثله؛ لأنه لا يوجد مثله غالبًا.

ويحتمل أن يريد ليس له مثله، وإن وجد؛ لأنه أصل الثوب الذى تلزم فيه القيمة، وهو الأظهر من قوله فى المدونة.

ووجه ذلك أن الغزل يتعذر فيه التماثل لاختلاف أصله، ولاختلاف الصنعة فيه على وجه يتقارب، فلذلك عدل فيه القسمة، وإن كان موزونًا كما عدل فى الثوب إلى القيمة وإن كان مذروعًا لكنه لما اختلف جنس أصله فى الجودة، وكانت صناعته مختلفة متفاوتة، ولم ينظر إلى تماثله من جهة الذرع، عدل إلى القيمة، والله أعلم وأحكم.

وجه القول بالمثل ما احتج به الغير من أن أصله الوزن.

فرع: إذا ثبت أن عليه القيمة على الوجه الذى ذكر، فقال ابن القاسم: تنفسخ الإجارة بينهما. وحكى ابن حبيب عن أصبغ: أن الإجارة قائمة بأخذ القيمة، ويأتى بغزل مثله، فينسجه له.

واختار ابن حبيب قول ابن القاسم، واحتج لذلك بأنه غزل معين، فإذا ذهبت العين وعدمت، بطل العمل المختص بها، وهذا فيه نظر، وإنما يجب أن يكون وجه ذلك ما بنى عليه ابن القاسم من عدم التماثل فيه، وتفاوته فى الرقة والغلط، والقوة والضعف، وإذا اختلف ما يعمل فيه وتفاوت وعدمت العين المختصة بالعقد، وجب نسجه كرضاع الصبى وتعليم الأعمال.

ووجه قول أصبغ ما احتج به ابن المواز بأنه ليس الغرض نفس الغزل، ولو شرط ذلك لم تجز الإجارة.

فرع: ولو أعطاه الغزل لينسجه سبعًا فى ثمان، فنسجه ستا فى سبع، ففى المدونة عن ابن القاسم له أن يضمن الحائك قيمة غزله، أو يأخذه، وعليه جميع أجره، وقال غيره: له من الأجرة بحساب عمله.

فوجه قول ابن القاسم على ما قاله الفضل بن سلمة أن النقص إنما هو فى هذا الثوب عيب من العيوب فى العمل، فإذا رضى به كان عليه جميع العوض كالثمن فى البيع.

ووجه قول الغير أنه من باب النقص من جملة ما استؤجر عليه، فوجب أن ينقص من عوضه كالطعام ينقص بعض ما اشترى من مكيله.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن قلنا بقول الغير، فمعناه أن ينظر إلى أجر مثله فيما شرط، وأجر مثله فيما عمل، فيسقط ما بينهما من المسمى، قاله بعض القرويين.

فرع: فلو زاد على الأذرع المشروطة، فقد قال الفضل بن سلمة: لا أجرة له فى الزيادة على قول ابن القاسم: إنه عيب، وله الأجر على قول الغير.

فصل: وهذا حكم ما يعمل فيه، فأما ضياع ما لا يعمل فيه عند الصناع، فهو على ضربين ظرف أو مثال.

فأما الظرف، فعلى قسمين، قسم يستغنى عنه ما يعمله، وقسم لا يستغنى عنه ما يعمله.

فأما ما يستغنى عنه، فالذى عليه جمهور أصحابنا: أنه لا يضمنه الصانع. وقد روى فى العتبية أصبغ عن أشهب فى الثوب يدفع إلى الصانع فى منديل: إن كان الثوب رفيعا يحتاج إلى وقاية، ضمنه الصانع، وإن كان لا يحتاج إليها، لم يضمنه.

قال فى الواضحة: إنه لا يضمن منديل الثوب إذا ضاع، وقد ضاع ملفوفًا به، أو قد زايله، إذ لا ضرورة بالثوب إليه، ولا يضمن الفران ما ضاع من صحاف الخبز فارغة، ولو ضاعت بما فيها لضمنها مع الخبز؛ إذ لا غنى بالخبز عنها، فإنما يكون الخلاف بين أشهب وابن حبيب فى صفة الحاجة، لا فى مراعاة الحاجة، فعند أشهب أن ضمانه ما يحتاج إلى صيانة عن الحاجة المؤثرة فى الضمان، وليس ذلك عند ابن حبيب بمؤثر، وإنما الحاجة المؤثرة أن لا يستغنى عنه.

مسألة: ومن أتى بخفين إلى خراز يصلح أحدهما، فضاعا، ففى العتبية عن أصبغ: لا يضمن إلا الذى فيه العمل.

ووجه ذلك أنه لا تعلق لعمله به كالظرف الذى يستغنى عنه.

مسألة: وأما ما تدعو الحاجة إليه من الظروف، فقد قال أشهب وابن حبيب فيه ما تقدم ذكره.

وفى كتاب ابن المواز: إذا ضاع القمح بقفته عند الطحان، أو ضاع عند الفران لوح الخباز أو قصعته، أو ضاع عند الصقيل غمد السيف أو عند الخياط منديل الثوب، لم يضمن شيئًا من ذلك، ويضمن المثال ليعمل عليه.

وروى ابن القاسم فى العتبية عن مالك، ضمان المثال. وقد روى سحنون: لا يضمن الوراق الأم التى يكتب منها، وهذا يقتضى أنه لا يضمن المثال.

وجه قول ابن المواز فى نفى ضمان الظرف وإثباته فى المثال أن الظروف لا يتعلق عمله بها، فلم يضمنها، والمثال عمله متعلق به، قال مالك: لا غنى به عنه.

ووجه قول سحنون أنه لا يعمل فيه، وإنما يعمل فى غيره، فكان المثال كالظروف.

فصل: فهذا حكم الصناع، وأما الأجراء، فهم على ضربين، أجراء للصناع، وأجراء للحفظ والرعاية.

فأما أجراء الصناع، فالذى روى ابن المواز عن ابن القاسم: أن أجير القصار لا يضمن، والقصار ضامن لما أفسده أجيره.

قال ابن حبيب: ولا يضمن الأجير للقصار والصباغ شيئًا، وهذا فى الأجير المتصرف بين يدى القصار بحسب اختياره، وليس بحائز لما يعمله.

فأما إن كان يتصرف فى العمل باختيار نفسه، ويحوز ما يعمل فيه، فقد قال فى العتبية والموازية عن أصبغ عن أشهب: إن كثر على الغسال الثياب، فآجر أجراء فبعثهم إلى البحر بالثياب، فيدعون تلفها، أنهم ضامنون، وكذلك أجراء الخياط يتصرفون فى الثياب، فتتلف، فهم ضامنون.

وقال ابن ميسرة: وذلك إذا آجرهم على عمل أثواب مقاطعة، فهذا معنى ما قدمناه، لأنه إذا قوطع على عملها، فقد صار له حكم الصانع. وأما إذا كان يعمل مياومة أو مشاهرة، فحكمه حكم الأجراء.

مسألة: وأما الأجراء للحفظ، فعلى قسمين، قسم لهم تعلق بالعمل، وقسم لا تعلق لهم بالعمل.

فأما من له تعلق بالعمل، فكصاحب الحمام يوضع عنده ثياب الناس، فقد قال مالك فى العتبية من سماع ابن القاسم عنه: فقد أمرت صاحب السوق أن يضمن أصحاب الحمامات ثياب الناس، فيضمنونها أو يأتون بمن يحرسها.

قال الشيخ أبو محمد فى نوارده بأثر هذه المسألة: وقد قال أيضًا فى كتاب آخر: لا يضمنون، وهذا الذى أشار إليه الشيخ أبو محمد قد أشار إليه غيره من شيوخنا، ولا أعلم أنهم يشيرون إلا إلى ما فى المدونة فى كتاب الجعل والإجارة من قول مالك: لا ضمان على من يجلس لحفظ ثياب من يدخل الحمام ما ضاع منها؛ لأنه بمنزلة الأجير.

وهذا الذى أشاروا إليه ليس عندى مما نحن فيه بسبيل؛ لأن أجراء الصناع لا

يضمنون، وإنما يضمن الصانع، أو من هو فى حكم الصانع، وصاحب الحمام ليس بأجير محض الإجارة، بل المقصود منه العمل والصناعة من التنظيف والاغتسال، فيضمن ما لا يستغنى عنه من عمله فيه من ثيابه على قول من يرى على الصانع ضمان ما لا يستغنى عنه ما استعمل فيه، ولا يضمن على قول من لا يرى عليه ضماناً فى ذلك، أو يكون أجيرًا له تعلق بالعمل، فيكون كالحمال يستأجر على الحمل، فيضمن ما جرت العادة بتسرعه إليه كالطعام ونحوه؛ لأنه مما جرت عادة الحمالين بالخيانة فيه، والتسرع إليه.

وكذلك صاحب الحمام، وهو المالك لأمره، والمستعمل له بالعمل يجب أن يضمن ما جرت العادة بخيانته فيه والتسرع إليه، وهى ثياب الناس والله أعلم، ومغيبه عن ثيابه إلى داخل الحمام، مغيب يوجب الضمان على من يلزمه ذلك بمغيب صاحب الثياب.

وقد قال ابن حبيب فى الواضحة، فى الطحان يطحن القمح بحضرة صاحبه: لا يضمن ظرفًا ولا قمحًا إلا أن يخرج الناس عن الرحى للزحمة، فيضمن القمح وظرفه، وكذلك الفران، فجعل الخروج عن الرحى والفرن مغيبًا يوجب الضمان على الحافظ الذى له تعلق بالعمل.

مسألة: وأما الحافظ الذى لا تعلق له بالعمل، فالمشهور من المذهب أن لا ضمان عليه فى النوم والغفلة، وإنما الضمان عليه فى التعدى، وقد قال مالك فى المستأجر يحرس بيتًا أو خيلاً أو غنمًا فينام، فيسرق ما فى البيت أو يذهب بالخيل أو الغنم: لا ضمان عليه، وله أجره كاملاً.

قال ابن القاسم: لا يضمن الأجير إلا ما ضيع أو فرط. وقال ابن المواز: لا يضمن جميع الحراس، إلا بالتعدى كان مما يغاب عليه أو غيره من طعام أو غيره.

ووجه ذلك أنه مؤتمن لا تعلق له بالعمل، فلم يكن عليه ضمان كالمودع. وقد روى ابن حبيب عن ابن المسيب: أن الراعى الخاص لا يضمن، والمشترك يضمن. قال ابن حبيب: ومن أخذ به، فهو حسن، فحمل هذا على ظاهره. وقال ابن وهب: معنى المشترك هاهنا أن يأخذ ما لا يقوى عليه.

مسألة: وأما الأجير على البيع أو الشراء، فالذى نص عليه أصحابنا أنه لا ضمان عليه. قال ابن المواز: لا ضمان عليه إن ضاع المبيع أو ضاع ثمنه.

ووجه ذلك ما تقدم من أنه مستحفظ لا تعلق له بالعمل، فلم يضمن ما ضاع من غير تعد كالمودع.

فرع: فإذا ضمن بالتضييع، فقد قال ابن القاسم: من التضييع أن يترك ما وكل به، ويذهب إلى غيره، فليس النوم والغفلة من التضييع.

ووجه ذلك أنه لابد لكل أحد منه، ولا يمكنه الاحتراز منه. فأما من ترك حفظ ما وكل بحفظه والاستعمال لغيره، فمما يمكن الاحتراز منه، ولا يمكن الحفظ معه.

فرع: وأما الحارس الذى لا تعلق لحراسته بعمله، فله الأجر كاملاً، وإن ضاع ما استحفظ. وأما حامل المتاع أو الطعام يهلك فى الطريق بفعله، فلا أجر له حتى يبلغه، وكذلك ما يعطب فى السفر؛ لأنه من سبب السفينة يهلك. وأما المستأجر للبيع أو الشراء يتلف السلعة أو يتلف ثمنها، أنه لا أجرة له، قاله ابن المواز؛ لأنه هذا من باب الجعل، فلا جعل له إلا بتمام العمل، وهو أن يوصل إليه ما ابتاع له أو ثمن ما باع له.

وفى العتبية لابن القاسم عن مالك فيمن بعث معه بخادم يبلغها بجعل، فنام فى الطريق، فذهبت: أن له من الأجر حساب ما بلغ، ولا ضمان عليه. قال الشيخ أبو محمد: يريد أنها إجارة ليست بجعل. وقد قال ابن القاسم عن مالك: إن ماتت الجارية فى الطريق، فله الأجرة كاملة، وعليه أن يتم له بقية سفره.

ووجه ذلك أن ما كان من هذا على وجه الجعل، فلا أجر له إلا بتمامه، وما كان على وجه الإجارة، فهاهنا اختلف قول مالك، فمرة فسخ الإجارة بفوات العين، وجعل له من الأجر بحساب ما عمل، ومرة أبقاها وجعل له الأجر كاملاً والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما من استؤجر ليخبر بعمله، فعلى ضربين، أحدهما: أن يكون له مع ذلك عمل، أو لا يكون له عمل. فأما الذى له مع عمله عمل، فكالوكيل يخطئ الطريق، فقد قال أشهب عن مالك: إن كان عالمًا بذلك، فلا شىء عليه والكراء له، وأما الجاهل به، فلا شىء له، وقال أشهب: لا شىء لهما.

قال ابن حبيب: إذا بلغهم البصير بالدلالة، وقد أخطأ، فله الأجر كاملاً، وإن لم يبلغهم، فله من الأجر بقدر ما بلغهم إلى أن يستغنى عنه لما ظهر لهم من خطئه، وإن غرهم، وهو جاهل، فلا شىء له، وعليه الأدب.

مسألة: ومن قال لخياط: إن كسانى هذا الثوب اشتريته، فقال: يكسوك، فلم يكس، ففى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك: الشراء له لازم، ولا ضمان على الخياط، وله الأجر كاملاً، إن كان بصيرًا. واختلف قول مالك فى تخمينه إذا غر بجهله، فقال: يضمن، وقال: لا يضمن، ولا أجر له.

وقال ابن دينار المدنى فيمن استأجر من ينقد مالاً فوجد فيه رديئًا، إن كان بصيرًا، وهذا الردىء، مما يختلف فيه، لم يضمن، وإن كان مما لا يختلف فيه لبيان فساده، فهو ضامن؛ لأنه قصر فيما كان يدركه لو اجتهد، فلو كان جاهلاً غر من نفسه، فإن كان الردىء بينًا، لا يختلف فى مثله ضمن، وعوقب، وإن كان مما يختلف فى مثله لم يضمن، وإن لكل واحد منهما أجرته.

فصل: وقوله: «**لا غرم على اللابس، ويغرم الغسال**» هو قول مالك فى الموطأ، وهو المشهور عنه، وكذلك روى ابن المواز عن ابن القاسم عنه. وقال أشهب عنه فى الموازية: وذلك إذا لبسه أيامًا، إلا أن يكون أبلاه.

وقال أشهب فى النوادر: وإن دفع الصباغ ثوب هذا إلى هذا، وثوب هذا إلى هذا، فإن لبساهما حتى خلقا، ضمن كل واحد قيمة الثوب الذى لبس، وإن لم يخلقا، غرم كل واحد ما نقص الثوب الذى لبس، ولا شىء على الغسال. وقال أبو حنيفة والشافعى: صاحب الثوب مخير بين أن يغرم اللابس أو الغسال، فإن أغرم اللابس لم يرجع على الغسال بشىء، وإن أغرم الغسال رجع على اللابس.

ووجه قول مالك ما احتج به على الغسال من أن اللابس لا ضمان عليه؛ لأن من عليه ضمانه إن تلف، سلطه على لبسه؛ لأنه إنما صبغه ليلبسه، فإذا رده إليه على أنه ثوبه، فقد سلطه على لبسه، والثوب يتغير بالعمل، فلم يميزه صاحبه، فالضمان عليه، ولو لزمه ضمانه للحق الناس المشقة والامتناع من لبس ثيابهم.

ووجه قول أشهب أنه أكثر ما فى حال اللابس أنه مخطئ بإتلاف مال غيره، فعليه الضمان، والإتلاف إنما وجد من اللابس، فوجب أن يبدأ بالضمان، فلو تعذر وجوده أو أفلس لكان لصاحب الثوب أن يرجع على الغسال؛ لأنه سبب إتلاف ثوبه بدفعه إلى من أتلفه، وتعذر الاستيفاء من جهته.

فرع: إذا قلنا لا يضمن اللابس ما أتلف، فقد روى عيسى عن ابن القاسم: إن كانت قيمة الثوب الملبوس دينارين، وقيمة الآخر دينارًا، نظر كم ينقص ثوبه عن الثانى، أن لو لبس فى تلك المدة، فإن كان ينقص نصف دينار، وقد نقص من الملبوس دينار، كان على اللابس الذى لم يلبس ثوبه نصف دينار، ونصف آخر على الغسال، وإن كان الملبوس نقص أقل من نصف دينار، فليس على اللابس إلا ذلك الأقل، ولا شىء على الغسال.

ولو كانت قيمة الملبوس دينارًا، وقيمة الذى لم يلبس دينارين، وكان ثوب اللابس لو لبسه ذلك نقص نصف دينار، وقد نقص الملبوس ربع دينار، غرم اللابس ربع دينار إلى ما فوق ذلك من القيمة ما لم يجاوز نصف دينار، فلا يغرم أكثر منه.

ولو لبس كل واحد منهما ثوب صاحبه، وهو لا يعلم، فقد قال سحنون: يرجع من له فضل على الغسال.

وحكاه ابن حبيب عن مالك ومطرف وابن الماجشون، فرجع هذا التفسير إلى أن اللابس إنما عليه بقدر ما كان عليه بتلف لباسه من ثوبه؛ لأنه على ذلك لبس هذا الثوب، فيقال له: هبك أنك لبست ثوبك عليك عوض ما كان ينقصه لبسك؛ لأنه باق يسلم إليك، ولا يمكن تمييزه من ثوبك، فعليك ذلك المقدار، وما زاد على ذلك، فعلى الغسال؛ لأنه هو الذى أتلفه، فيكون معنى قول مالك فى الموطأ على هذا التفسير أنه لا ضمان عليه فيما أتلف من مال صاحب الثوب الذى لبس، وأما قدر ما كان يتلفه من ثوبه لو لبسه، فليس بمعنى الغرم الذى وقع التنازع فيه، وإنما هو بمعنى المعاوضة لما بقى من ثوبه لم يذهب بلبسه، والله أعلم وأحكم، ومعناه على رواية أشهب أنه فى اليسير دون الكثير، والله أعلم.

مسألة: وهذا إذا لبسه من دفع إليه، فأما لو قطعه، فإن لى أن آخذ ثوبى، وأضمنه القصار دون الذى قطعه، أو نقصه القطع، أو الخياطة، لم يكن لى أن آخذ ثوبى، وما نقصه القطع، قاله ابن القاسم فى المدونة.

وقال غيره: إذا نقصته الخياطه، فإن شاء أخذه، ولا غرم عليه للخياطة، وإن شاء تركه وضمن القصار.

ووجه ذلك أنه لو لم يأخذ الثوب ممن قطعه يجبر، وهو غير متعد، فلذلك لم يضمن ما نقصته الخياطة، والغاصب يرد ما قطع، وما ينقص القطع؛ لأنه متعد ومن وجد بثوب عيبا بعد أن قطعه رده وما نقصه القطع؛ لأنه لا يجبر على رده، بل له إمساكه وأخذ ما نقصه العيب.

فرع: وإن كان الذى أخذه قد قطعه وخاطه، فإن لصاحب الثوب أن يضمن القصار ثوبه غير مقصور أو يأخذه، ويغرم خياطته، ويعطى القصار أجره، ولا يرجع عليه بأجر الخياطة، قاله ابن القاسم فى الموازية.

وفى المدونة فى بعض الروايات عن ابن القاسم: إن أبى صاحب الثوب أن يدفع

أجرة الخياطة، فللذى خاطه أن يعطيه قيمته صحيحًا أو يدفعه إليه مخيطًا، فإن دفعه إليه، فهو بالخيار بين أن يأخذه أو يضمن القصار قيمته.

وقال سحنون: إذا أبى صاحب الثوب من دفع أجرة الخياطة، فليس له إلا أن يضمن القصار، فإن ضمنه، قيل للقصار: ادفع أجرة الخياطة للذى خاطه وخذه، فإن أبى، قيل للآخر: ادفع إليه قيمة الثوب، فإن أبى، كانا شريكين، هذا بقيمة الثوب، وهذا بقيمة الخياطة.

فصل: وقوله: «**فإن لبسه، وهو يعرف أنه ليس ثوبه، فهو ضامن**» يريد أنه يضمن ما نقصه لبسه، قل ذلك أو كثر، قاله عيسى عن ابن القاسم. قال: ولا شىء على الغسال، إلا أن يعدم اللابس، فيغرم الغسال، ويتبعه به فى ذمته، ولو لبس كل واحد منهما الثوب الذى إليه عالمين، واختلفت قيمة اللبس، ورجع من له فضل على صاحبه، فإن استوت لم يرجع أحدهما على صاحبه.

مسألة: ومن اشترى من رجل شيئًا، وشرط عليه فيه عملاً، ففى العتبية لعيسى عن ابن القاسم، أن كل ما يعرف صفة خروجه بعد العمل، فلا بأس أن تعمل، والقمح على أن يطحن.

وقد فرض مالك القمح فى بعض قوله، وأجازه ابن القاسم، وأجاز النحاس على أن يعلمه تورًا، وقيل لسحنون قد أجاز ابن القاسم وأشهب ما ذكرنا من شراء الثوب على أن يعمله قميصًا، والظهارة على أن يعملها جبة، والحديد على أن يعمله قدرًا، أو عودًا ينحته سرجًا، وهو بيع وإجارة، وقد جرى فى مسائل مالك فى الغزل على أن ينسجه، والزيتون على أن يعصره، أنه كرهه.

قال: إنما خففه مالك فى الطحين وخياطة الثوب، لأن خروج ذلك معروف، وقد عمره أيضًا مالك فى الغزل على أن ينسجه، والزيتون على عصره إلا ما ذكرنا أنه خففه، وكل بيع مع إجارة فى الشىء المبيع، فإنه منع منه، وإن كانت فى غيره، فإجارة وكل بيع وشركة داخلة فى المبيع فأجزها، وإن خرجت عنه، فلا تجزها، فتحصل من هذا أن ما يجهل صفة الخارج منه أنه لا يجوز قولاً واحدًا، وفيما تعرف صفة الخارج منه القولان المنع والإجازة المعروفة.

وجه الإجازة بصفته كما لو كان العمل فى غيره. ووجه المنع أنه مبيع معين لا يقبض إلى مدة طويلة يخاف ضياعه فيها، فلم يجز ذلك فيه.

فرع: إذا قلنا بالجواز، فتلف الثوب بيد الخياط، فقد قال سحنون: لا يضمن الخياط، ويحط عن المشترى من الثمن بقدر خياطة الثوب وطحن القمح، إلا أن يكون البائع ممن يعمل تلك الصنعة، فيضمن كالصناع.

ووجه ذلك أنه إذا كان هو الصانع، فقد خرج عن ضمان البائع إلى ضمان الصانع، وإذا لم يكن هو الصانع، فكأنه اشتراه منه على أن يدفعه إلى صانع غيره، وكان يجب على هذا أن من يعمل الأعمال، والتزم إتمام الصناعات فيما دون أن يتولى عملها، وإنما يدفعها إلى الصناع، وقد علم ذلك منه؛ لأنه ليس من أهل العمل، ولا معروفًا بتناوله، فإنه لا ضمان عليه، وهذا الذى باع الثوب على أن يدفعه إلى الخياط قد التزم خياطته بأجرة، وهي من جملة الثمن الذى أخذه.

وقد قال ابن حبيب: من قال للخياط: إذا خطته، فادفعه إلى غسال، فزعم أنه ضاع قبل أن يتم خياطته، أو بعد تمامها قبل أن يدفعه إلى الغسال، فهو ضامن، وإذا قال: ضاع عند الغسال صدق كما يصدق فى قوله رددته، على قول ابن الماجشون.

قال: ويضمنه الغسال إن أقر بقبضه، ويجيء على هذا التعليل أن لا يصدق على قول ابن القاسم؛ لأنه لا يصدق عنده فى قوله: رددته إليك، كان يجب أيضًا على قول ابن الماجشون أن لا يصدق فى قوله: رددته إليك، ولا يصدق فى قوله: دفعته إلى الصانع إذا أكذبه الصانع.

وعلى أن مسألة ابن حبيب هذه إن كان التزم الخياط الغسل فى ذمته بأجرة أخذها مع أجرة خياطته، فهى تشبه مسألة سحنون.

وإن كان إنما ناب فى تسليمه إلى الغسال عن المشترى، إما بأن وكله على استئجار الغسال على ذلك، وإما بأن استأجر هو الغسال، وأذن للخياط فى تسليمه إليه، فحكمه فى الوجه الأول حكم الوكيل، وحكمه فى الوجه الآخر حكم من يدفع إلى الوكيل، وكان الأظهر من مسألة سحنون أن يضمن؛ لأن كل من أخذ ثوبًا على أن يعمل فيه عملاً، لزمه ذلك فى ذمته أو فى عمله بيده، فهو من جملة الصناع، وهم يتساوون فى وجوب الضمان، والله أعلم وأحكم.

* * *

القضاء فى الحمالة والحول

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: الأَمْرُ عِنْدَنَا فِى الرَّجُلِ يُحِيلُ الرَّجُلَ عَلَى الرَّجُلِ

بِدَيْنٍ لَهُ عَلَيْهِ، أَنَّهُ إِنْ أَفْلَسَ الَّذِى أُحِيلَ عَلَيْهِ أَوْ مَاتَ، فَلَمْ يَدَعْ وَفَاءً، فَلَيْسَ لِلْمُحْتَالِ عَلَى الَّذِى أَحَالَهُ شَيْءٌ، وَأَنَّهُ لا يَرْجِعُ عَلَى صَاحِبِهِ الأَوَّلِ[1].

قَالَ مَالِك: وَهَذَا الأَمْرُ الَّذِى لا اخْتِلافَ فِيهِ عِنْدَنَا.

الشرح: وهذا على ما قال أن عقد الحوالة عقد لازم يقتضى إبراء ذمة المحيل من دين المحال، فما طرأ بعد ذلك على ذمة المحال عليه من تلف بموته أو تشغب بفلسه، فلا رجوع للمحال بذلك على المحيل؛ لأنه عيب طرأ على ما قد صار إليه حال سلامته ورضى به، فلا انتقال له عنه بما يحدث فيه بعد العقد، ولو كان العدم موجودًا قبل الحوالة فإن لم يعلم به المحيل، فلا رجوع عليه، وإن كان قد علم به وكتمه وغر منه، فالرجوع عليه، وقد تقدم فى البيوع بما يغنى عن إعادته، وبالله التوفيق.

قَالَ مَالِك: فَأَمَّا الرَّجُلُ يَتَحَمَّلُ لَهُ الرَّجُلُ بِدَيْنٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ آخَرَ، ثُمَّ يَهْلِكُ الْمُتَحَمِّلُ أَوْ يُفْلِسُ، فَإِنَّ الَّذِى تُحُمِّلَ لَهُ يَرْجِعُ عَلَى غَرِيمِهِ الأَوَّلِ[2] .

الشرح: وهذا على ما قال أن من تحمل لرجل بمال له على رجل آخر، فإنه لا ينتقل حقه من ذمة المتحمل عنه إلى ذمة المتحمل، وإنما الحميل وثيقة من حقه على من هو عليه، فإن أفلس المحيل أو مات لم يبطل حقه، بل هو ثابت على حسب ما كان على غريمه، وإنما الحمالة معناها أن يلزم المتحمل إحضار ما تحمل به، وهى الكفالة والزعامة والضمان.

قال الضاضى أبو محمد: كل ذلك بمعنى واحد. وقال فى المدونة: إذا قال: أنا لك ضامن، أو كفيل، أو حميل، أو زعيم، أو هو لك عندى، أو علىَّ، أو قبلى، فهو كله ضمان لازم فى الحق والوجه.

قال: والأصل فى جوازها قوله تعالى: ﴿**ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم**﴾ [يوسف: ٧٢] وهذا إن استدل به على ثبوت هذا الاسم لها من جهة اللغة، فبين، وأما إن استدل به على ثبوت حكمها على ما ذكره القاضى أبو محمد، فإنما هو على رأى من يقول: إن شرع من قبلنا شرع لنا إلا ما خصه الدليل، وهو المشهور من مذهب مالك، والله أعلم.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٤١.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٧٣/٢٢.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الحمالة على وجهين، حمالة بالوجه، وحمالة بالمال، فأما الحمالة بالوجه، فهى جائزة خلافًا للشافعى فى منعه من ذلك.

والدليل على ما نقوله أن المقصود منها المال؛ لأنه حميل بوجه الغريم ليطالب بالمال، فنقول إنه يتوصل بها إلى المطالبة بالمال، فصح تعلقها بالوجه كالشهادة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالحمالة بالوجه على وجهين، أحدهما: الحمالة بالوجه على الإطلاق، فإن جاء الكفيل بالمتكفل به برئ. ووجه ذلك أنه قد وفاه ما تحمل له من إحضار وجهه.

مسألة: وهذا إذا لم يعين لمجيئه به وقتًا، فمتى جاءه برئ، وإن ضرب لمجيئه به أجلاً، فجاءه به عند الأجل برئ، قاله مالك فى المدونة، لأنه قد أتى به على ما شرط، فوجب أن يبرأ، ولو تحمل بوجهه على أن يحضره بعد شهر، فأحضره من الغد، فإنه لا يبرأ حتى يأتى به عند الأجل، رواه أبو زيد فى العتبية عن ابن القاسم.

ووجه هذا ذلك أنه شرط إحضاره فى وقت معين، فلا يبرأ بحضوره قبله. أصل ذلك حضوره يوم الحمالة.

مسألة: ومن شرط صحة الإحضار أن يحضره الحميل أو وكيله على ذلك، فإن أحضره أجنبى، وسلمه إلى الطالب لم يبرأ بذلك الحميل.

وكذلك لو أتى الغريم الطالب وأشهد أنه قد أسلم نفسه إليه عن الحميل، لم يبرأ الحميل بذلك، قاله فى المدونة، زاد فى كتاب ابن المواز: إلا أن يأمره الحميل بذلك، فيكون ذلك كدفع الحميل؛ لأنه قد وكله على النيابة عنه فى ذلك، فإذا أشهد بذلك، لزم الطالب وإن أباه.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: وهذا عندى إذا لم يـر الطالب قبوله إلا بتسليم الحميل؛ لأنه حق قد لزم الحميل، فللطالب أن لا يقبله من غيره، وله أن يقبله، فيبرأ الحميل كما لو كان عليه دين، فدفعه عنه أجنبى، فإن للطالب أن لا يقبله من غيره، وله أن يقبله الحميل كما لو كان عليه دين، فدفعه عنه أجنبى، فإن للطالب أن لا يقبله من الأجنبى إلا بتوكيل الغريم، وله أن يقبله، فيبرأ بذلك الغريم.

فرع: وهذا على إطلاق الحمالة، ولو شرط الحميل على الطالب إذا لقيت غريمك، فتلك براءتى، فقد روى حصين بن عاصم وابن القاسم فى العتبية أنه إن لقيه بموضع

يقدر عليه، فقد برئ، وله شرطه، ولو لقيه بموضع لا يقدر عليه لم يبرأ الحميل.

مسألة: من شرط صحة الإحضار أن يحضره، ويسلمه إليه حيث تنفذ الأحكام عليه، وإن كان بغير بلده. وأما إن دفعه إليه بحيث لا يستطيع حبسه أو لا سلطان فيه ولا حاكم، أو حال فتنة أو مفازة، أو موضع يقدر الغريم على الامتناع منه، فإنه لا يبرأ بذلك، قاله كله في المدونة. قال في كتاب محمد: ولو أسلمه إليه، وهو محبوس في دم أو دين أو غيره، فقد برئ ويكفيه أن يقول: قد برئت إليك منه، وهو في السجن فشأنك به.

ووجه ذلك أنه إنما تكون البراءة بتسليم متمكن به من طلب حقه، وأما بتسليم لا يتمكن به من طلب حقه واستيفائه منه، فليس هو الذي شرط عليه، ولا يتوصل به إلى الغرض من الحمالة، فلا يبرأ به الحميل، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو مات الغريم لسقطت الحمالة عن الحميل؛ لأنه إنما حمل للطالب بإحضار نفسه، وذلك يقتضي أن تكون موجودة، ونفسه قد ذهبت لموته، وعدم بذلك شرط التمكن من إحضارها.

فرع: وهذا إن مات ببلده قبل أن يلزم الحميل إحضاره أو بعده، رواه عيسى عن ابن القاسم، وقال: لأنه وإن كان حان الأجل فلم يطلب به، فلا شيء عليه.

وإن مات بغير البلد، فقد قال أشهب: لا أبالي مات غائبًا أو في البلد. قال الشيخ أبو محمد: يريد لا يغرم الحميل. وقال ابن القاسم في العتبية والموازية: يغرم في موت الغائب إن كان الدين حالاً، قربت الغيبة أو بعدت، فإن كان الدين مؤجلاً فمات قبله بمدة طويلة لو خرج إليه لجاء به قبل الأجل، فلا شيء عليه.

وإن كان على مسافة لا يمكنه أن يجيء به إلا بعد الأجل، فهو ضامن، وإنما يلزمه ضمان المال بمغيب الغريم؛ لأنه لا ضمان له يتسبب إلى استيفاء ماله، فلما لم يف بذلك لزمه المقصود الذي اتفق عليه بما تعذر من إحضاره، وهو المال.

مسألة: وإذا حان الأجل، فطلب الحميل بالغرم، وقد غاب فسأل أن يؤجل الثاني، ففي العتبية من رواية يحيى عن ابن القاسم: إن كان قريب الغيبة. قال في المدونة: اليوم ونحوه مما لا مضرة فيه على الطالب، فله ذلك، وإن كان بعيد الغيبة، فليس له ذلك، وليغرم مكانه.

وقال ابن وهب فى الموازية: إذا غاب الغريم، قضى على الحميل بالغرم، ولا يضرب له أجل ليطلبه، ويحتمل أن يريد ابن وهب منع التأجيل البعيد الغيبة، ولا يمنع التأجيل الخفيفى القريب الغيبة.

ووجه ذلك أن فى الغيبة البعيدة إن ضرب له أجل قريب، لم يتنفع به فى الظاهر، وإن ضرب له أجل بعيد دخلت مضرة على الطالب، وفى الغيبة القريبة يضرب له الأجل القريب؛ رجاء أن يحضره فى مدة لا مضرة فيها على الطالب، فيبرأ الحميل، ولا يستضر الطالب.

مسألة: ولو كان للغريم مال حاضر، فسأل الحميل أن يباع له، ففى سماع يحيى من العتبية، وهو فى الموازية عن غيره: وإن كان على مسيرة عشرة أيام بيع ماله عليه وأما على يومين، فلا، وليكاتب حتى يبعث أو ييأس منه، فيباع عليه، ولا يؤخر حميل المال، وهو كالغريم نفسه.

وقال مالك فى المدونة: يباع له الرباع وغيرها، وذلك أن قولى مالك اختلف فى الحكم على الغائب فى الرباع. وقد روى يحيى بن يحيى فى عشرته عن ابن القاسم: إنما اختلف قوله فى الحكم فيها. وأما بيعها فى الدين، فقوله: إنها تباع فى الدين ووفائه مخالفة فى العتبية لرواية يحيى فى عشرته ومتضمنه أن الخلاف فى بيعها فى الدين.

مسألة: ولو غاب الغريم، فتلوم على الحميل، ثم قضى عليه بالغرم ثم حضر الغريم، ففى المدونة عن ابن القاسم: قد مضى عليه الحكم ولزمه المال، ولو قامت البينة بعد الغرم، أن الغريم كان ميتا قبل الحكم عليه لارتجع ماله.

ووجه ذلك ما قدمناه أنه بموت الغريم يبرأ من الحمالة، فإذا ظهر بالبينة أنه كان ميتًا يوم الحكم عليه، فقد تبين أنه حكم عليه بما لا يلزمه، فلذلك وجب له الرجوع فيه. وفى الموازية فى الحميل بالمال، أن الطالب إذا حكم له على الحميل بحقه، وبما عجز عنه الغريم ثم أيسر الغريم رجع على من شاء منهما.

فصل: وأما الضرب الثانى من حمالة الوجه، وهى الحمالة التى يشترط فيها أن لا شىء عليه من المال، ففى كتاب ابن المواز عن مالك: أن شرط حمالة الوجه ليست من المال فى شىء. قال محمد: أو يقول: لا أضمن لك إلا الوجه، فهذا لا يضمن إلا الوجه غاب الغريم، أو حضر، أو مات، أو أفلس، ليس عليه إلا إحضاره، وفائدة هذه الحمالة يضمن الإحضار خاصة، وأن يكفيه مؤنة طلبه ويؤمنه من مغيبه.

فإذا قيد الحمالة بأنه لا تتعلق حمالته بالمال، لم يلزمه غير ما التزم من الإحضار، وجازت هذه الحمالة لتعلقها فى الجملة بالمال المتعلق بالذمة، ولولا أن المقصود منها طلب الذمة لما جازت هذه الحمالة؛ لأن الأعيان لا يصح تعلق الضمان بها كمن ضمن لرجل دابة معينة يحضرها أو عبدًا يحضره له أو ضمن من وجب عليه حد أو تعزير؛ لأن الضمان لا تعلق له بالذمة ولا مال، إن طلبها، ولذلك لم تصح، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن أحضر الحميل بالوجه على شرط الغرم برئ، وإن جاء الأجل، فلم يحضره، فلا شيء عليه إلا إحضاره لا يكلف غيره مال ولا غيره. وروى حسين بن عاصم فى العتبية عن ابن القاسم: إن أجل فى طلبه آجالا كثيرة، فقد قال مالك: لا شيء عليه غير طلبه، وإن طال ذلك، فعلى ما شرط.

فرع: وإن قال له الطالب هو بموضع كذا، فاخرج إليه، فقد روى حسين بن عاصم عن ابن القاسم: إن كان مثله يقدر على المسير إليه، أمر بذلك، وإن ضعف عنه، لم يكلفه.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون: إن جهل مكانه، فليس عليه طلبه، ولا الغرم عنه، وإن عرف مكانه، لزمه الخروج إليه فيما قرب أو بعد على مسيرة الأيام التى تكون من أسفار الناس، فيخرج أو يرسل إليه أو يغرم، إلا فى البعيد المتفاحش.

وجه القول الأول مراعاة حال الحميل فيما يقدر عليه من الأسفار أو يضعف عنه؛ لأنه إنما دخل على ما يطيقه.

ووجه القول الثانى مراعاة ما يتكلف من الأسفار غالبًا؛ لأنه إن لم يقدر على مباشرة المسير إليه، استناب غيره.

فرع: ولا يضمن المال إلا أن يلقاه، فتركه أو يغيبه فى بيته، فإن ثبت ذلك ببينة، ضمن. وروى حسين عن ابن القاسم. قال أشهب: إذا لقيه، فتركه، ضمن.

ووجه ذلك أنه يضمن إحضاره دون إحضار المال، وإن غاب عنه وتعذر عليه إحضاره، فهو على شرطه، وإن ترك إحضاره مع القدرة عليه، فقد أتلف على الرجل ماله حين تركه الحميل بما يضمن من إحضاره، ثم قصد إلى تركه أو يستره فى بيته، فكان عليه ضمان ما أتلفه عليه.

فصل: وأما الحمالة بالمال، فمعناها التزام إيصال المال إلى من تحمل له به، ولا تبرأ

بذلك ذمة المتحمل عنه خلافًا لابن أبى ليلى فى قوله: إن ذلك يبرئ ذمة المتحمل عنه. قال القاضى أبو محمد: لأنها وثيقة، فلم يبرأ بها من عليه الحق كالرهن.

مسألة: إذا ثبت ذلك، ففى الحمالة بالمال ستة أبواب، الباب الأول: فيما تصح به الحمالة، وتمييزها مما لا تصح به الحمالة. والباب الثانى: فيمن تصح الحمالة منه، وتمييزه ممن لا تصح الحمالة منه. والباب الثالث: فيمن تصح الحمالة عنه، وتمييزه ممن لا تصح الحمالة عنه. والباب الرابع: فيما للطالب من مطالبة الحميل. والباب الخامس: فى رفق الطالب بالحميل أو الغريم. والباب السادس: فى قضاء الحميل عن الغريم.

الباب الأول: فيما تصح الحمالة به

الحمالة تصح فى المعلوم والمجهول خلافًا للشافعى فى منعها من المجهول. والدليل على ما نقوله أن هذه وثيقة بحق، فصحت فى المجهول كالشهادة بالوصية.

إذا ثبت ذلك، فقد قال مالك فى الموازية: من أوصى ولده أو غيرهم أن يضمنوا عنه دينه، فذلك جائز، سمى الدين أو لم يسمه، والغرماء حضور أو غيب، فى الصحة أو فى المرض.

وفى العتبية من سماع عيسى عن ابن القاسم عن مالك فيمن مات، وعليه من الدين ما لا يدرى كم هو، وترك مالاً من عين وعرض، لم يحصر، ولا يدرى كم هو، فتحمل بعض ورثته بدينه إلى أجل على أن يخلى بينه وبين ماله، فإن كان فيه فضل بعد وفاء الدين كان بينه، وبين الورثة على فرائض الله تعالى، وإن كان نقصان، فعليه وحده، أن ذلك جائز، كان الذى تحمل به نقدًا أو مؤجلاً لأنه ضمنه على وجه المعروف، ولو كان على أن له الفضل، وعليه النقص، لم يجز؛ لأنه بيع فاسد.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن طرأ غريم لم يعلم به الوارث، لزمه أن يقضيه، ولا ينفعه قوله: لم أعلم به، قال ذلك مالك وابن القاسم.

ووجه ذلك أنه قد التزم أداء ديونه على العموم، ولم يخص ما يعلمه دون ما لا يعلمه، والتزام ذلك عن الميت أو المفلس جائز لازم، والتزام المجهول لازم، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن قال: أنا ضامن لما قضى به لفلان على فلان، وهما غائبان أو حاضران، أو أحدهما غائب، أن ذلك يلزمه. قال ابن القاسم فى المدونة: لأن مالكًا قال: من أوجب المعروف على نفسه، لزمه والكفالة معروف، فلزمت لزوم الدين.

مسألة: ومن قال لرجل: بائع فلانًا وأنا ضامن لما بعته به، لزمه ذلك، إذا ثبت ما باعه به، قاله ابن القاسم فى المدونة. وقال غيره: إنما يلزمه من ذلك ما يشبه أن يعامل به المتحمل عنه، ولا يبعد أن يكون هذا مذهب ابن القاسم ويراعى فيه أيضًا حال المتحمل له.

قال القاضى أبو محمد: هذه المسألة مبنية على ثلاثة أصول، أحدها: أن ضمان المجهول جائز. والثانى: أن ضمان الحق قبل وجوبه جائز كقوله: ألق مالك فى البحر، وعلىَّ ضمانه. والثالث: أن إطلاق مثل هذا محمول على العرف والعادة.

ووجه ذلك أن من قال لبائع فاكهة، يريد مبايعة رجل بالدرهم والدرهمين: أنا ضامن لما بايعت به فلانًا، فعامله بثياب قرقبية باعها منه أو يواقيت وجواهر، لها الثمن الكثير من آلاف الدنانير، لم يلزمه ذلك، لأنه يعلم أنه لم يرد هذه المعاملة، ولا ضمان هذا المقدار من الأثمان، وإنما أراد ما جرت به العادة فى مثله من مبايعة مثله فيما يبتاعه على وجه التفكه الشىء بعد الشىء، والله أعلم وأحكم.

فرع: ولو رجع الحميل قبل أن يعامله المتحمل منه، ففى المدونة عن ابن القاسم: له ذلك بخلاف من قال لمن يخاصم أخاه: احلف على ما تدعيه قبل أخى، وأنا ضامن، ثم أراد الرجوع، فليس له ذلك.

والفرق بينهما أن الحميل لما لم يعامل به فى المستقبل لم يتحمل شيئًا ماضيًا ولا حقًا ثابتًا، وإنما وعد بالحمالة فى المستقبل إذا وجد الدين، فله أن يرجع قبل أن يلزم الحمالة بوجود الدين، والذى قال له: احلف بما تدعيه، وأنا له ضامن يضمن أمرًا قد تقدم وجوده، فكان للطالب أن يحقق وجوده فى الماضى بيمينه فى المستقبل، فلذلك لم يكن له الرجوع، لأنه قد تضمن دينًا ماضيًا على صفة، وهى وجود اليمين المثبتة له، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن اشترى جارية، فتكفلت له بما أدركه فيها من درك، لزمه ضمان ذلك.

ووجه ذلك ما قدمناه من صحة الكفالة بالمجهول.

مسألة: ومن أعتق عبده على ألف درهم، جاز له أن يأخذ منه بها حميلاً، ولا تجوز الحمالة بكتابة المكاتب، وإن لم يتعجل العتق.

والفرق بينهما أنه إن عجل عتقه من مال، لزمه ذلك المال فى ذمته، فلذلك صحت

الحمالة به، وما على المكاتب من غرم كتابته، فغير معلق بصفة ولا هو دين ثابت عليه؛ لأنه يسقط بالعجز عنه، فلذلك لا تصح الحمالة.

مسألة: ولا يجوز أن يأخذ حميلاً لمعين اشتريته، قاله ابن القاسم فى المدونة، قال: لأن مالكًا قال: لا يجوز أن يأخذ حميلاً بسلعة غائبة اشتريتها، بعيدة كانت أو قريبة، يجوز فيها النقد.

ووجه ذلك أن عين المعين لا يقدر الحميل على إحضارها، ولا تتعلق بذمته، ومعنى الحمالة تعلق الحق المتحمل به بذمة الحميل، والأعيان لا تتعلق بالذمم، فلذلك لا يجوز التحمل بها.

مسألة: ولا تجوز الكفالة فى الحدود ولا التعزير، قاله ابن القاسم فى المدونة.

ووجه ذلك أنها متعلقة بمعينين، ولا تعلق لها بالذمم، فلا تصح الكفالة فيها، ومن استأجر أجيرًا أو صانعًا معينًا، لم تصح فيه الكفالة؛ لأنه لا يصح أو يقوم غيره مقامه فى العمل، وإنما يتعلق العمل بتلك العين دون غيرها من الأعيان والذمم، قاله ابن القاسم فى المدونة، ولو كانت خدمة فى الذمة مقدرة بزمن أو عمل لصحت الحمالة بها.

مسألة: والحمالة بالجعل حرام، قاله مالك فى العتبية من رواية ابن القاسم عنه. ومعنى ذلك أن تعطى المتحمل جعلا على حمالته، قال فى العتبية: ويرد ما أخذ. قال فى الموازية: فإن كان صاحب الحق عالمًا بذلك سقطت الحمالة، ورد الجعل، فإن لم يعلم بذلك، فالحمالة لازمة والجعل مردود. ومعنى ذلك أنه عقد يختص بالمعروف، فلم يصح فيه العوض كالقرض.

وقد قال أصبغ فى الموازية: كل حمالة وقع حرامها بعقد بين الحميل والمطلوب بغير علم الطالب، فالحمالة له ثابتة، وإنما يفسدها علم الطالب. قال محمد: ويكون ذلك من سببه ومعاملته، فإذا لم يكن من سببه، ولا علم به فى الحمالة، فالحمالة ثابتة.

مسألة: وكل حمالة وقعت على حرام من المتبايعين فى أول أمرهما أو بعده، ففى الموازية: لا يلزم الحميل علم المتبايعان حرام ذلك أو جهلاه، علمه الحميل أو جهله، وقد قاله أشهب فى دافع دينار فى دينارين إلى أجل وأخذ بهما حميلاً: الحمالة ساقطة، وكذلك كل حمالة بأمر فاسد.

قال محمد: ومن معنى قول ابن القاسم وأصحاب مالك عن اتباع منهم لمالك، وقد

قال ابن القاسم فيمن دفع دينارًا فى دينارين: أن الحمالة فى ذلك ساقطة، وكذلك فى فسخ الدين فى الدين.

وروى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية: إن لم يعمل الحميل بذلك فالحمالة ساقطة، وإن علم لزمته فى الدينارين، وبطل الربا.

فوجه رواية ابن المواز عن ابن القاسم فى إبطال ذلك أن الحمالة إنما تعلقت بأحد عوضى عقد البيع، وذلك لا يكون إلا بعد صحة العقد، فإذا بطل العقد لفساده بطل العوض منه، ووجب أن تبطل الحمالة لما بطل ما تعلقت به.

ووجه رواية عيسى أن الحميل إذا علم بذلك، فإنما تضمنت حمالته رد ما صار إلى المتحمل عنه إذا وجب عليه رده بالشرع، وإذا لم يعلم بذلك، فإنما التزم المتحمل العوض فى عقد، وذلك يعدم فى هذه المسألة للاتفاق على إبطال عقد البيع.

مسألة: ومن باع طعامًا من مبيع قبل قبضه، وأخذ به حميلاً، فقد روى أصبغ عن ابن القاسم وأشهب: أن الحمالة ساقطة.

ووجه ذلك ما تقدم من أن ما تحمل به، لا ينفذ على حسب ما تحمل به، فبطلت الحمالة.

مسألة: ومن أسلف سلفًا، فلا بأس أن يأخذ به حميلاً، قال مالك فى الموازية، قال: وما أعلم أحدًا كرهه إلا الحسن.

ووجه ذلك أنه وثيقة تجوز فى البيع، فجازت فى القرض كالشهادة.

مسألة: والحمالة بما على الميت جائزة، وإن لم يترك وفاء، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: لا يجوز ذلك إذا لم يترك وفاء.

والدليل على ما نقوله ما روى سلمة بن الأكوع أن النبى ﷺ أتى بجنازة، فقال: «هل عليه من دين؟» قالوا: نعم، قال: هل ترك شيئًا؟ قالوا: لا، قال: صلوا على صاحبكم، قال أبو قتادة: صل يا رسول الله، وعلىَّ دينه، فصلى عليه»(*).

ومن جهة المعنى أن كل دين صحت الحمالة به مع اليسار، فإنها تصح به مع الإعسار كدين الحى.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٢٩١. النسائى فى الصغرى حديث رقم ١٩٦١. أحمد فى المسند حديث رقم ١٦٠٧٥، ١٦٠٩٢.

الباب الثاني: في ذكر ما تصح الحمالة منه، وتمييزه ممن لا تصح حمالته

الذى تصح حمالته كل مالك لأمره لا حجر لأحد عليه، سواء كان يقدر على النطق أو كان أخرس، إذا فهم مراده. قال مالك فى المدونة: يجوز كفالته إذا فهم عنه. وأما من عليه حجر لحقه ولحق غيره، فإنه يعتبر أمره، فإن كان محجورًا عليه لحق نفسه كالصغير والسفيه والمولى عليه، لم يلزمه الحمالة.

وأما البكر التى لم تعنس، فهى كالصغير فى ذلك، وأما التى عنست وأونس رشدها فى بيت والدها، ففى المدونة، أنه يجوز حمالتها عند ابن القاسم، ووجدته فى كتاب عبدالرحمن عن مالك. وقال مالك: لا تجوز هبتها، وكذلك كفالتها؛ بضعها بيد أبيها.

ووجه ذلك أنه لما لم يسقط التعنيس ولاية الأب فى البضع، لم يسقط فى المال.

وجه القول الأول أن الولاية فى البضع لا تزول بالرشد، والولاية فى المال تزول بالرشد؛ لأنها تراد لحفظ المال، فإذا حفظ المال بالرشد زالت ولاية المال، وبقيت ولاية البضع؛ لأنها تراد لحفظ البضع مما يغيب، فمعناها باقية ما بقيت المرأة فيه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما من كان محجورًا عليه لحق غيره كالعبد والمستغرق فى الدين والمريض والمرأة ذات الزوج، فإن العبد والمكاتب والمدبر وأم الولد حمالتهم بغير إذن السيد باطلة، وإن كان العبد مأذونًا له فى التجارة. وقال ابن الماجشون: تجوز حمالة العبد. وحكى ابن المواز القولين فى العبد.

وجه القول الأول، وهو قول مالك وجمهور أصحابه معنى يدخل فى ذمته نقصًا وعيبًا، فلم يكن له ذلك بغير إذن سيده كالمداينة، وأيضًا فإنه وجه من المعروف، فلم يكن له بغير إذن سيده، وإن أذن له فى التجارة كهبة ماله.

مسألة: وتجوز حمالة العبد بإذن السيد، وإن لم يكن مأذونًا له فى التجارة إلا أن يستغرقه الدين، فلا يجوز وإن أذن له السيد.

ووجه ذلك كله أن الحجر إنما تعلق به لحق سيده، فإذا أذن له فى ذلك جازت له حمالته، ولو كان عليه دين يفترق ماله لم يجز ذلك؛ لأنه محجور عليه لحق الغرماء، فلا تصح حمالته، أذن له السيد أم لم يأذن له.

وأما المكاتب، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: إن أذن السيد للمكاتب والمدبر وأم

الولد فى الحمالة، جازت حمالتهم. قال غيره: لا يجوز معروف المكاتب؛ لأن ذلك داعية إلى رقه، وليس له ذلك ولا لسيده.

ووجه قول ابن القاسم أنه محجور عليه بحكم الرق، فجاز ما يفعله من ذلك بإذن السيد. أصل ذلك العبد القن.

ووجه قول الغير ما احتج به من أنه ليس له أن يرق نفسه، فوجب أن يكون ممنوعًا من كل ما يكون سببًا له.

مسألة: وهل للسيد إكراه العبد على الحمالة، قال ابن القاسم فى المدونة: ليس له ذلك. وقال ابن الماجشون فى النوادر: له ذلك.

وجه قول ابن القاسم أن السيد ليس له إدخال نقص فى ذمة عبده كما ليس له أن يثبت ذلك دينًا عليه.

ووجه قول ابن الماجشون أن له انتزاع ماله، وهو بمعنى ذمته، فكان له شغل ذمته على هذا الوجه.

مسألة: وأما المستغرق فى الدين، ففى العتبية والموازية عن مالك: لا يجوز حمالة من أحاط به الدين كصدقته وتفسخ؛ لأنها من المعروف.

ووجه ذلك أن من كان للغرماء رد عتقه، كان لهم رد كفالته وهبته كالمضروب على يديه.

مسألة: وأما المريض، ففى المدونة عن ابن القاسم يجوز كفالة المريض فى ثلثه. وروى ابن المواز عن عبدالملك: إن كان المحمول به مليًا، لزمته، وإن كان عديمًا بطلت، ولم يكن فى الثلث إذا لم يرد بهذه الوصية.

ووجه قول ابن القاسم أنه معروف يفعله المريض، فكان فى ثلثه كهبته. ووجه قول عبدالملك ما احتج به.

مسألة: وأما كفالة ذات الزوج، ففى المدونة عن ابن القاسم: أن ذلك فى ثلث ما لها، فإن زادت على الثلث فى كفالتها، فللزوج إبطال جميعها إلا أن يزيد على الثلث الدينار والشىء اليسير، فيمضى الثلث والزيادة. وقال المغيرة: إذا حازت المرأة الثلث، لم يبطل كالمريض يوصى بأكثر من ثله.

مسألة: وإذا تكلفت المرأة بزوجها، ففى المدونة، قال مالك: عطية المرأة زوجها جميع مالها جائز عليها، وكذلك كفالتها عنه.

ومعنى ذلك أن كفالتها عنه بإذنه ورضاه، فإن لم يرض بذلك، فعلى مذهب ابن القاسم: تبطل إلا أن تكون بثلث مالها فأدنى، والله أعلم وأحكم.

الباب الثالث: فيمن يصح الحمالة عنه وتمييزه ممن لا تصح عنه

وتحرير ذلك أنها تجوز عن كل مالك لأمره أو غير مالك لأمره فيما يلزم أداؤه من ماله. وأما المولى عليه، فلا يخلو أن يكون تحمل عنه حميل بما تقدمت المعاملة فيه، أو بما تستقبل المعاملة فيه، فإن كان تحمل عنه بثمن ما قد ابتاعه، فقد قال ابن القاسم فى العتبية والموازية: إن كل ما تحمل به مما يلزم اليتيم، لزم الحميل، ويرجع به فى مال الصبى.

وقال عبدالملك: لا يلزم المولى عليه شىء مما تحمل به، فإن كانت المعاملة قبل الحمالة: لم يلزم الحميل شىء، يريد أنه لم يتحمل عنه بدين عليه ولا عامله المتحمل له بسببه، فلا يلزم الحميل شىء، وإن كانت المعاملة بعد ذلك، لزم الحميل الغرم، ولم يرجع هو ولا الطالب على اليتيم.

وإن كان مما يلزم اليتيم مثل أن يكون له الدار والحائط، فيسلفه فيها، فهذا يلزم الحميل، فعلى هذا فما يتحمل به عن اليتيم على ثلاثة أقسام، قسم يلزم الحميل، ويرجع به، وهو ما يلزم مال اليتيم، وقسم يلزم الحميل، ولا يكون له الرجوع به، وهو على ما عومل به بسبب الحمالة، ولا يلزم مال اليتيم.

وقد قال أصبغ فى العتبية فيمن اشترى من سفيه، وأخذ حميلاً بما يلزمه من قبله، فأبطل البيع، والثمن على السفيه، فإن الحميل يغرم الثمن، ولا يرجع به على أحد، وقسم لا يلزم الحميل، ولا يرجع به كالمتحمل عنه عن معاملة قديمة لا يلزم ماله.

الباب الرابع: فيما للطالب من مطالبة الحميل

لا يخلو أن يكون الحميل واحدًا أو جماعة، فإن كان واحدًا، فهل للطالب أخذه بجميع الحق مع حضور الغريم وغناه، اختلف فيه قول مالك، فقال فى المدونة فى الحميل بالمال: للطالب طلبه فى مال الغريم وحضوره.

قال القاضى أبو محمد: وبه قال مالك والشافعى، ثم رجع مالك، فقال: لا يبيعه إلا فى عدمه أو غيبته. قال القاضى أبو محمد: وبه قال عبدالملك.

وجه القول الأول أن الحق متعلق بذمته فى حال عدم الغريم، فوجب أن يكون متعلقا بذمته فى حال يساره كالغريم. ووجه القول الثانى عندى أنه وثيقة بالحق، فلم ينتقل إليه إلا مع تعذر استيفاء الحق من محله كالرهن.

مسألة: وليس للطالب أن يكلف الحميل ملازمة الغريم حتى يدفع ما عليه إذا كان موسرًا، قاله ابن القاسم.

ووجه ذلك أنه وثيقة بالحق من الغريم، وإنما له مطالبته بدفع الحق، يرجع إليه عند تعذر استيفائه، وليس بوكيل على المطالبة بالدين.

مسألة: وليس للحميل أخذ الحق إلى الطالب. ووجه ذلك أن الحميل ليس بوكيل على القبض ولا مأذون له فيه، وإنما له أن يطالب الغريم بما تبرأ ذمته به، وهو إيصال الدين إلى مستحقه.

مسألة: وإذا حل أجل الدين والغريم غائب، فلا يخلو أن يكون بعيد الغيبة أو قريبها، فإن كان بعيد الغيبة، ولم يكن للغريم مال حاضر أغرم الحميل. وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك فى البعيد الغيبة: والذى لا يدرى أين هو، فلا يضرب له أجل، فإن كان له مال حاضر، فلا يخلو أن يقرب تناوله كالناظر أو ما هو فى حكمه أو يبعد تناوله كالدار تباع، وما يطول أمده، ويكون فيه التربص.

فإن كان مما يقرب أمده قضى منه الطالب، وإن كان مما يبعد تناوله أخذ الدين من الحميل، ثم للحميل أن يباع له ذلك، وإن كان قريب الغيبة أجل الحميل أجلاً قريبًا وكرر، فإن أبي، وإلا فعل به ما ذكرناه، قاله كله ابن حبيب عن ابن القاسم.

مسألة: وإذا حل الأجل والغريم معسر كان للطالب أخذ ماله من الحميل. وروى أبو زيد عن ابن القاسم فى العتبية: إن قال الطالب: إن الغريم عديم، وقال الحميل: هو ملىء، ولم يعرف له مال ظاهر، غرم الحميل.

ومعنى ذلك أن ذمة الحميل قد تعلق بها الحق، فلا يبرأ إلا بالأداء، وإنما يبرأ الغريم بالمطالبة، إذا كان له مال، فعلى الحميل الذى يدعى يسره إظهار ذلك المال، فيبرأ وإلا لم يبرأ من الدين.

مسألة: وهذا فيما يثبت من دين الغريم بالبينة، فأما لا يثبت إلا بإقرار الغريم، فلا يلزم ذلك الحميل، رواه عيسى عن ابن القاسم عن مالك.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: ومعنى ذلك عندى أن يكون الإقرار بالدين بعد الحمالة. وأما إذا أقر به الغريم قبل الحمالة، فشهد بذلك على أقراره شاهدا عدل، فإن الذى يريد مالك بقوله: إنه مما تقوم به البينة، ويلزم ذلك الحميل، والله أعلم وأحكم.

ومن قام على منكر بدين، فقال له الرجل: إن لم آتك به غدًا، فالمال علىَّ، وقد سماه، لم يلزمه المال، وإن لم يأت به حتى يبينه الطالب ببينة، ولو أقر المطلوب بعد الحمالة، لم يلزم ذلك لحميل إلا ببينة.

وكذلك من ادعى على غائب ألف درهم، فتكفل به رجل، فقدم الغائب، فأنكر أو أقر، لم يلزم الحميل ذلك إلا ببينة على أصل الدين أو ببينة على إقرار الغريم قبل الحمالة، قاله كله فى الموازية، ونحوه فى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم.

مسألة: ولو أنكر الغريم الدين، وأقر به الحميل، ففى كتاب ابن سحنون عن أبيه: يغرم الحميل ثم إن قامت له بينة، رجع على الغريم بما أدى عنه، ورواه فى العتبية يحيى عن ابن القاسم، قال: وإن لم يكن للحميل بينة، لم يرجع الغريم بما أداه.

فصل: وإن كان الحملاء جماعة تكلفوا له بمال، فلا يخلو أن يطلق لفظ الكفالة أو يقول وبعضهم كفلاء عن بعض أو له أخذ من شاء منهم بجميع حقه، فإن أطلق لفظ الكفالة، فأعسر الغريم عند الأجل، فقد قال مالك: ليس له أن يأخذ من وجد من الكفلاء بجميع المال، وإنما له أن يأخذ كل واحد منهم بحصته منه، فإن كانوا ثلاثة أخذ من كل واحد ثلث المال.

ووجه ذلك أنهم إذا تكلفوا بمائة، فإنما تكفل كل واحد منهم بثلث المائة، فلا يلزمه سواها.

مسألة: وإن شرط عليهم، وبعضهم كفلاء عن بعض، كان له أن يأخذ بعضهم بجميع حقه، وإن كانوا موسرين، فإن أعسر بعضهم كان له أن يأخذ جميع حقه من الموسر، قاله ابن القاسم فى المدونة.

ووجه ذلك أنه إذا كان بعضهم حملاء عن بعض كان لهم حكم الحمالة، فليس لهم أن يأخذوا واحدًا منهم إلا بما يجوز له أن يعدل به عن الغريم إلى الحميل من الإعسار أو الغيبة، والله أعلم وأحكم.

فرع: ولو غاب الحملاء إلا واحدًا منهم، فغرم الحاضر المال، ثم قدم الحميلان

والغريم، فقد قال ابن القاسم في المدونة: للحاضر الذى غرم أن يرجع على صاحبيه بثلثى المال، وإن كان الغريم مليئًا وله أن يرجع به على الغريم بخلاف طالب الحق لا يأخذه من الحميل، إذا كان الغريم موسرًا حاضرًا.

ووجه الفرق بينهما أن الحميل إنما أخذ وثيقة من الدين الذى على الغريم، فلا يطلب مع تمكن الاقتضاء من الغريم، والحميل الذى غرم فى غيبة الحملاء والغريم، فكل واحد منهم حميل بجميع المال، فإنما غرم عن الحميل كما غرم عن الغريم، لأنه لو حضر صاحبه فى الحمالة لزمه الغرم معه، فلما كان أداه عنه كان له الرجوع عليه دون اعتبار حال الغريم.

مسألة: فإن اشترط أن له أخذ من شاء منهم بجميع الحق، ففى المدونة عن ابن القاسم: له أن يأخذ من شاء منهم بحقه، وإن كان شركاؤه فى الحمالة حضورًا موسرين؛ لأنه قد شرط ذلك.

وإذا أخذ أحدهم بجميع المال، لم يكن له أن يرجع على أصحابه بشىء مما أداه؛ لأن الطالب قد شرط فى الحمالة أن له أن يعلق حقه بذمة من شاء منهم، فإذا عين حقه عند أحدهم، فإنما ذلك عن نفسه لا عن أصحابه، فلذلك لم يجز له أن يرجع عليهم بشىء مما أداه.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون وابن كنانة وأشهب: أن الشرط باطل، وليس له اتباع أحدهم بأكثر من نصيبه إلا فى عدم أصحابه أو غيبتهم.

فرع: فإن شرط مع شرطه أن يأخذ من شاء منهم بجميع حقه أن بعضهم حملاء عن بعض، فأخذ حقه من أحدهم كان لمن أدى الحق أن يرجع على أصحابه بما أدى عنهم؛ لأنهم قد شرطوا أنه إن عين حقه عند أحدهم، فعلى وجه أن بعضهم حملاء عن بعض، فقد تعلق الحق بحمالة جميعهم على أن للطالب أن يختار مطالبة من شاء منهم.

وفى المسألة الأولى لم يتعلق الدين بحمالة جميعهم، وإن تعلق بحمالة واحد غير معين، فاللطالب أن يعينه بمن شاء منهم، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن تحمل له بدينه رجل، ثم لقى الغريم، فأعطاه حميلاً آخر، فقد روى ابن الماجشون عن مالك: له أن يتبع أى الحميلين شاء.

ووجه ذلك أن كل واحد منهم تحمل بجميع المال على غير رتبة تقتضى تقدم أحدهما، فاقتضى ذلك التخيير فى أن يطلبهما أو يطلب أيهما شاء.

مسألة: ومن تحمل لرجل بمال على غريم، ثم تحمل له رجل آخر بالحميل، فإنما له أن يطلب الغريم، فإن غاب أو أعسر، انتقل إلى طلب الحميل الأول، فإن غاب أو أعسر انتقل إلى الحميل الثانى، قاله ابن الماجشون.

ووجه ذلك أن حاله مع الحميل الأول والثانى كحاله مع الحميل الأول والغريم، وقد تقدم ذكره، والله أعلم وأحكم.

الباب الخامس: فى رفق الطالب بالغريم أو الحميل

وجه ذلك أن الطالب قد يهب حقه الغريم أو الحميل أو يؤخر أحدهما، فأما الهبة، فإن وهب الغريم، فقد برئ الحميل؛ لأن الهبة كالاقتضاء، ولو اقتضى حقه لبرئ الحميل، فكذلك إذا وهبه، ولو وهب الحق الحميل لم يرِ الغريم عليه أن يؤدى إلى المتحمل له.

فرع: ومن أخذ حميلاً بثمن سلعة على أن له أن يأخذ أيهما شاء بحقه، فمات الغريم، فأحاله الطالب، ثم أراد أن يطالب الحميل، ففى العتبية والموازية لأشهب عن مالك: يحلف ما وضع إلا للميت، وهو على حقه، قال محمد: فيها شىء، وقال فى موضع آخر: فيها نظر.

وروى فى موضع آخر عن مالك: إن كان أخر بعض الحق من تركة الميت، كان ما أخذ بالحصص بين الحقين، ويحلف ما وضع إلا للميت، ويكون على الحميل حصته بما بقى.

مسألة: وأما إن أخذ الغريم، ففى العتبية والموازية لأشهب عن مالك: إن أخذ الغريم سنة، فالحمالة ثابتة إلا أن للحميل أن يمنع التأخر، ويقول: أخاف أن يفلس، فليس له التأخير. قال ابن القاسم فى المدونة: إلا أن يسقط الحمالة.

وقال غيره فى المدونة: إذا أخر الغريم، وهو موسر، تأخرًا بينًا، سقطت الحمالة عن الحميل، وإن كان الغريم معسرًا، فله أن يقوم على الكفيل، وأن يقف عنه.

وجه قول ابن القاسم أن تأخر الغريم لا ينافى حمالة الحميل، فليس فيه دليل على إبراء الحميل، ولا يكون تأثيره فى إسقاط الحق عن الحميل أكثر من تأثيره فى إسقاطه عن الغريم لتعلق الحق بذمتهما.

ووجه قول الغير أنه لما لم يلزم الحميل تأخير الغريم، كان الظاهر من تأخيره إبراء الحميل، والله أعلم.

فرع: ولو علم الحميل بتأخيره، فسكت، لزمته الحمالة، فإن لم يعلم بذلك حتى حل الأجل الطالب ما أخره ليبرئ الحميل، وتثبت له الحمالة، قاله ابن القاسم فى المدونة.

ووجه ذلك أن ترك الاعتراض من الحميل فى تأخيره رضا به، فإن لم يعد بذلك، واحتمل تأخير الطالب للغريم الذى لا يلزم الحميل تجويزه أن يريد به إبراء الحميل، كان على الطالب اليمين أنه لم يرد به إبراءه، وإنما أراد به الرفق بالغريم مع بقاء الحق متعلقًا بحمالة الحميل.

مسألة: ولو أخر الطالب الحميل، فذلك تأخير للغريم، إلا أن يحلف ما كان ذلك تأخيرًا، فإن نكل لزمه التأخير؛ لأنه لو وضع عن الحميل الحمالة لكان له أن يتبع الغريم، قاله ابن القاسم فى المدونة.

ووجه ما لزمه من اليمين أن تأخيره الحميل محتمل لتأخير الغريم له، فلزمته اليمين أنه ما أراد ذلك، ولا قصده.

الباب السادس فى قضاء الحق

فإن دفعه الغريم برئ، وبرئ الحميل، وإن دفعه الحميل برئ من مطالبة صاحب الحق، وكان له مطالبة الغريم، فإن كان أدى عنه مثل ما عليه رجع بمثله، وإن كان أدى عنه غير ما عليه مثل أن يكون الدين دنانير، فيدفع عنه الحميل دراهم، فإن ذلك لا يجوز قبل الأجل لما فيه من تأخير أحد عوضى الصرف.

وأما بعد الأجل، ففى كتاب ابن المواز: أن ذلك جائز، وفيه أنه غير جائز، وإليه رجع ابن القاسم. وهو قول أشهب وأصحابه.

وجه القول الأول أن ما بين الطالب والغريم، قد صح باتخاذ المصارفة، لأن ذلك متعلق بذمته كالذى كان له عليه الدين.

ووجه القول الثانى بالمنع ما احتج به محمد من أن الغريم يكون مخيرًا بين أن يدفع ما كان عليه، أو ما دفع عنه، فيدخله الخيار فى الصرف، وفسخ دين فى دين، والله أعلم وأحكم.

فرع: فإذا قلنا بالجواز، فقد قال ابن القاسم: لا يؤخذ من الغريم الدنانير، ولكن يخرج الغريم الدنانير، ثم يشترى بها دراهم، فإن نقصت لم يكن للحميل غيرها، وإن زادت، فليس له الفضل، وكان ابن القاسم يقول: الغريم مخير، إن شاء دفع الدنانير أو

الدراهم، ثم رجع، فقال: هذا حرام بين الحميل والغريم. وقاله أشهب.

وجه القول الأول أن عمل الكفيل مع صاحب الحق إذا حكمنا بصحته وجب أن يصح ما بين الحميل والغريم للدنانير؛ لأنه تأخير فى الصرف، فوجب أن يصح بأن يخرج الغريم ما كان عليه، فلا يفسد من جهته شيء ثم يشترى للحميل من جنس ما أدى، فإن كان فيه نقص، فهو الذى أدخله على نفسه، وإن كان فيه فضل لم يكن له؛ لأن ما دفع عنه إنما هو سلف أسلفه إياه، فلا يأخذ أكثر منه.

ووجه القول بالتخيير أن هذا تخيير ثابت بالشرع، فلا يبطل الصرف كخيار من وجد فى عوض الصرف زائفًا، فإنه مخير بين أن يرد المعيب أو يمسك، ولا يمنع صحة ذلك الصرف.

فرع: فإن قلنا برواية المنع، فلا يجوز أن يصالح الكفيل طالب الحق إذا كان الدين دنانير بدراهم، ولا شيء مما يكال أو يوزن من سائر الأشياء إلا بالجزاف منه، أو بما يرجع إلى القيمة من حيوان أو عرض أو غيره؛ لأنه فيما يكال أو يوزن يرجع إلى أن يكون الغريم مخيرًا.

ومعنى ذلك أنه يدخله الخيار فى فسخ الدين فى دين، وذلك غير جائز. وأما ما يرجع إلى القيمة، فإنه يقوم بجنس الدين، فلا يدخله تخيير، ولا فسخ دين فى دين.

مسألة: ومن تحمل بمال لرجل إلى أجل، فمات الحميل قبل الأجل، ففى المدونة: لرب الحق أن يتعجل حقه من ماله. قال فى المدونة: وإن كان الغريم مليًا حاضرًا، فليس لورثته أن يأخذوه من مال الغريم قبل الأجل. وقال ابن الماجشون: لا يحل الحق بموته، ولكن يوقف من ماله بقدر الدين.

وجه القول الأول أن الدين متعلق بذمته، فوجب أن يحل بموته، ويتعجل طلبه منه كالغريم.

ووجه القول الثانى أنه حميل، فلا تطلب تركته بالدين لموته إذا كان الغريم حاضرًا مليًا. أصل ذلك إذا مات بعد الأجل.

فرع: ولو مات الحميل مفلسًا، فإن لصاحب الحق أن يحاص الغرماء فى ماله، قاله ابن القاسم فى المدونة.

ووجه ذلك أنه يحل الدين بموته، فوجب أن يحاص الغرماء فى ماله كالغريم.

مسألة: ولو مات الحميل عند الأجل أو بعده، فقد قال ابن القاسم وأشهب فى الموازية: هاهنا يبدأ بالغريم، فإن كان غائبًا أو عديما أخذ من مال الحميل.

ووجه ذلك أنه قد كان له أن يطالب الغريم، فلم يكن له أن يطالب الحميل، وإنما له مطالبة الحميل إذا لم يكن له مطالبة الغريم.

مسألة: ولو مات الغريم قبل الأجل، فللطالب أن يتعجل حقه من ماله، وإن لم يكن له أن يطلب به الحميل حتى يحل الأجل.

قال ابن القاسم فى المدونة: ووجه ذلك أن الدين يحل بموت من يتعلق بذمته، فإن طلب من الغريم روعيت حاله فى أخذه منه بموته، وإن طلب من الحميل روعيت حاله، فلا يحل بموت غيره كما لو مات الحميل قبل الأجل، فإنه لا يكون ذلك سببًا لمطالبة الغريم، والله أعلم وأحكم.

فصل: إذا ثبت ذلك، فنرجع إلى تقسيم لفظ مسألة الأصل، وهو قوله: فإن هلك الحميل أو أفلس، فإن الذى تحمل له يرجع على غريمه الأول، يريد أنه إن مات مفلسًا أو أفلس مع بقاء حياته؛ لأن حقه لم ينتقل عن ذمة الغريم بالحمالة، وإنما أخذ الحميل وثيقة لحقه كالرهن، ففلس الحميل بمنزلة ضياع الرهن، والله أعلم.

وجه ذلك أن موت الحميل مع كونه عيبًا، لا يوجب رجوع الطالب على الغريم، بل له على قول ابن القاسم أن يتعجل من ماله دينًا، وعلى قول ابن الماجشون: يوقف من ماله بقدر الدين، فحكم الحمالة باق على القولين، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «**يرجع على غريمه الأول**» لفظ الرجوع يقتضى ظاهره أنه قد كان تعلق بمطالبة الحميل أولا وأنه كان له ذلك، وهو يكون على وجوه منها على قول مالك الأول: أن له أن يبدأ بمطالبة الحميل إن شاء.

فإن مات الكفيل أو أفلس قبل أن يستوفى منه كان له أن يرجع إلى مطالبة الغريم، ومنها إذا باع من الغريم سلعة أو أسلفه مالا كان له أن يرجع إلى مطالبة الغريم، ومنها أنه إذا باع من الغريم، وأخذ منه حميلاً، وشرط أن له أن يأخذ أيهما شاء، فظاهر رواية عيسى عن ابن القاسم فى العتبية أن له ذلك، وهو الظاهر من رواية أشهب عن مالك فى العتبية والموازية، فعلى هذا أيضًا إن مات الحميل أو أفلس كان له الرجوع إلى مطالبة الغريم.

ويحتمل أيضا أن يريد به أن الغريم كان مفلسًا، فآثر مطالبة الحميل، فلما تعذر الاستيفاء من جهته رجع إلى اتباع الغريم فى ذمته بما بقى عليه، ويحتمل أن يريد بقوله: **«يرجع على غريمه»** معناه يبقى حقه ثابتًا على غريمه، لا يبطل بموت الحميل ، بخلاف الحوالة التى تبطل حقه بموت المحال عليه، ولا يكون له مطالبة المحيل، والله أعلم أى ذلك أراده.

* * *

القضاء فيمن ابتاع ثوبا وبه عيب

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: إِذَا ابْتَاعَ الرَّجُلُ ثَوْبًا، وَبِهِ عَيْبٌ مِنْ حَرْقٍ أَوْ غَيْرِهِ، قَدْ عَلِمَهُ الْبَائِعُ، فَشُهِدَ عَلَيْهِ بِذَلِكَ أَوْ أَقَرَّ بِهِ، فَأَحْدَثَ فِيهِ الَّذِى ابْتَاعَهُ حَدَثًا مِنْ تَقْطِيعٍ يُنَقِّصُ ثَمَنَ الثَّوْبِ، ثُمَّ عَلِمَ الْمُبْتَاعُ بِالْعَيْبِ، فَهُوَ رَدٌّ عَلَى الْبَائِعِ، وَلَيْسَ عَلَى الَّذِى ابْتَاعَهُ غُرْمٌ فِى تَقْطِيعِهِ إِيَّاهُ(١).

الشرح: وهذا على ما قال أنه إن أحدث المبتاع بالثوب حدثًا من تقطيع أو غيره، ثم اطلع على عيب كان عند البائع، فلا يخلو أن يكون دلس البائع بالعيب على ما ذكره فى المسألة أو لم يدلس به، فإن كان دلس به، فلا يخلو أن يكون ما أحدثه فيه المبتاع مما جرت العادة به، ومما يشترى غالبًا له أو يحدث فيه ما لم تجر العادة بمثله.

فأما القسم الأول فى تقطيع ما جرت به العادة فى مثله من الثياب، فما أحدث المبتاع من هذا مما ينقص المبيع، فللمبتاع أن يرجع بجميع الثمن، ولا يرد ما نقص ذلك المبيع، ولو قطعه على غير ما جرت به عادة مثل ذلك الثوب مثل أن يكون ثوب وشىء رفيع، فيقطعه جوارب أو رقاعًا، فهذا لا يرده على المدلس؛ لأنه قد فات بذلك من الفعل، ويرجع بما نقصه، قاله ابن القاسم فى المدونة.

وذلك أن البائع قد علم أن المبتاع يتصرف فى المبيع التصرف المعتاد، فإذا أسلمه إليه على وجه التمليك مع ما دلس له به من العيب، فقد أذن له فى ذلك، فلا يرجع عليه بما ينقص ذلك الفعل، ولم يأذن له فى التصرف الذى ليس بمعتاد، فلذلك يلزم من فعله.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن أقر المبتاع بالتدليس أو قامت البينة بأنه كان عالمًا بالعيب عند المبيع، فللمبتاع رده، وأخذ جميع الثمن، وهل له إمساكه، والرجوع بقيمة العيب؟

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٤٢.

قال ابن القاسم: له ذلك. وقال ابن المواز: ليس له ذلك إذا كان مما نقصه غير صناعة كالقطع، فإن كان صناعة كالصبغ والخياطة كان له ذلك؛ لأن له أن يمتنع من تسليم صناعته، وحكى ذلك عن أصبغ.

ووجه ما قاله ابن القاسم أن العيب المفسد لما حدث أثبت له الخيار كالصنعة، وما تقدم من التدليس يسقط عنه قيمة العيب الحادث.

ووجه قول ابن المواز للمبتاع رد المبيع دون غرم، فلم يكن له إمساكه والرجوع بقيمة المبيع إذا لم يكن فيه غبن فوته. أصل ذلك إذا لم يحدث عنده عيبًا.

مسألة: فإن ادعى المبتاع على البائع التدليس، وأنكره البائع، وادعى النسيان، ولم تقم بينة له بشيء من ذلك، فقد قال ابن القاسم: يحلف البائع على ما قال ويخير المبتاع بين أن يرد المبيع، وقيمة العيب الحادث، ويأخذ الثمن أو يمسك المبيع، ويرجع بقيمة العيب القديم.

وروى ابن المواز عن مالك: لا يحلف البائع حتى يخير المبتاع، فإن اختار الرجوع بقيمة العيب لم يحلف البائع؛ إذ لا فائدة فى استحلافه؛ لأن حاله فى الرجوع بقيمة العيب فى التدليس وغيره حالة واحدة عند من يرى التخيير ثابتًا فى التدليس.

وإن أراد الرد استحلف البائع، فإن حلف رد المبتاع مع المبيع قيمة العيب الحادث.

وجه قول ابن القاسم بتقديم اليمين أن التخيير لا يثبت الحكم به إلا بعد اليمين، وأما قبل اليمين، فحكم التدليس يمنع عند جماعة من أصحابنا التخيير، وقد تقدم ذكره، فإذا حلف بطل حكم التدليس، ولزم الحكم بالتخيير.

ووجه قول مالك أن التخيير ثابت بحدوث العيب الحادث، ولا معنى لليمين إلا إثبات قيمة العيب الحادث على المبتاع، وإنما ذلك فى الرد، فإذا لم يختر الرد، فلا معنى لهذه اليمين؛ لأنها غير مؤثرة فى الإمساك والرجوع بقيمة العيب القديم.

وهذا القول أجرى على قول ابن القاسم فى إثبات التخيير مع التدليس، وقول ابن القاسم فى هذه المسألة أجرى على قول ابن المواز وأصبغ فى إسقاط حكم التخيير مع التدليس، وإنما ألزم المدعى النسيان اليمين؛ لأنه يمكن أن يكون عالمًا بالعيب عند البيع، فإذا لم يكن بينة تثبت عليه ما ينكره، لزمته اليمين، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِك: وَإِنِ ابْتَاعَ رَجُلٌ ثَوْبًا، وَبِهِ عَيْبٌ مِنْ حَرْقٍ أَوْ عَوَارٍ، فَزَعَمَ الَّذِى بَاعَهُ

أَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ، وَقَدْ قَطَعَ الثَّوْبَ الَّذِى ابْتَاعَهُ أَوْ صَبَغَهُ، فَالْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَنْ يُوضَعَ عَنْهُ قَدْرُ مَا نَقَصَ الْحَرْقُ أَوِ الْعَوَارُ مِنْ ثَمَنِ الثَّوْبِ، وَيُمْسِكُ الثَّوْبَ، فَعَلَ، وَإِنْ شَاءَ أَنْ يَغْرَمَ مَا نَقَصَ التَّقْطِيعُ أَوِ الصِّبْغُ مِنْ ثَمَنِ الثَّوْبِ وَيَرُدُّهُ، فَعَلَ، وَهُوَ فِي ذَلِكَ بِالْخِيَارِ فَإِنْ كَانَ الْمُبْتَاعُ قَدْ صَبَغَ الثَّوْبَ صِبْغًا يَزِيدُ فِى ثَمَنِهِ، فَالْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَنْ يُوضَعَ عَنْهُ قَدْرُ مَا نَقَصَ الْعَيْبُ مِنْ ثَمَنِ الثَّوْبِ، وَإِنْ شَاءَ أَنْ يَكُونَ شَرِيكًا لِلَّذِى بَاعَهُ الثَّوْبَ فَعَلَ، وَيُنْظَرُ كَمْ ثَمَنُ الثَّوْبِ وَفِيهِ الْحَرْقُ أَوِ الْعَوَارُ، فَإِنْ كَانَ ثَمَنُهُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ، وَثَمَنُ مَا زَادَ فِيهِ الصِّبْغُ خَمْسَةَ دَرَاهِمَ، كَانَا شَرِيكَيْنِ فِي الثَّوْبِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدْرِ حِصَّتِهِ، فَعَلَى حِسَابِ هَذَا يَكُونُ مَا زَادَ الصِّبْغُ فِي ثَمَنِ الثَّوْبِ[1].

الشرح: وهذا على ما قال أن المبتاع إذا وجد بالثوب عيبًا دلس به البائع بعد أن أحدث فيه المبتاع صبغًا زاد فى ثمنه، فإن المبتاع مخير بين أن يمسكه، ويرجع بقيمة العيب على ما تقدم فى كتاب البيوع من حكم الرد بالعيب بعد تقويمه أو رده وتقويمه معيبًا غير مصبوغ ثم يقومه تقويمًا ثانيًا مصبوغًا، فيكون المبتاع شريكًا بما زاد الصبغ فى قيمته، وهذا معنى ما فى المدونة عن ابن القاسم.

ورواه داود بن سعيد بن زبيد عن مالك فى المدنية، وزاد فيها: أنه شريك بما زاد الصبغ، والبائع شريك بثمن ثوبه معيبًا يريد قيمته. وحكى عن الشيخ أبى بكر أنه قال: يعتبر بقيمته يوم الحكم.

فرق: قال فى هذه المسألة: يكون شريكًا بما زاد الصبغ فى قيمة الثوب، وقال فيمن اشترى ثوبًا، فصبغه، واستحق من يده، وأبى المستحق أن يعطيه قيمة صبغه، وأبى هو أن يعطى المستحق قيمة ثوبه أن يكون شريكًا بقيمة الصبغ. قال الشيخ أبو محمد عبدالحق: الفرق بينهما أن هذا بالخيار بين أن يمسك أو يرد، فيشارك والمستحق من يده الثوب مجبور على المشاركة، فلذلك اختلفا.

قال القاضى أبو الوليد، رحمة الله: وهذا عندى ليس بالبين؛ لأن من بيده الثوب لا يجبر على المشاركة إذا رضى بدفع ثمن الثوب كالذى يجد العيب إذا رضى بإمضاء البيع، لم يجبر على المشاركة، فلا فرق بينهما من هذا الوجه، والأظهر عندى فى الفرق

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٨٣/٢٢.

بينهما أنه إنما ثبت له قيمة فى الشركة ما كان لصاحبه أن يخرج عنه الآخر بدفع قيمته إليه، فثبتت له تلك القيمة فى الشركة.

فلما كان فى مسألة الاستحقاق لكل واحد منهما أن يدفع إلى الآخر قيمة ماله ويخرجه، تشاركا عند الإبانة بقيمة الصبغ وقيمة الثوب، ولما كان فى مسألة الرد بالعيب ليس لصاحب الثوب أن يدفع إلى المشترى قيمة صبغه، ويخرجه عنه، لم تثبت للصبغ قيمة بانفراده، وإنما تثبت له قيمته مع الثوب ويكون لصاحب الثوب قيمة ثوبه؛ لأن للمبتاع أن يدفع إليه عوضه ويخرجه عنه.

وذلك أن المشترى ليس له أن يرد الثوب بالعيب ناقصًا عما اشتراه، فلو شاركه بقيمة الصبغ، وكان أكثر مما زاد على قيمة الثوب لكان قد رد إليه ثوبه ناقصًا بالنقص الذى أحدث فيه بالصبغ، ولم يرد إليه النقص، فلذلك جبره بالصبغ، وشارك بما زاد الصبغ على قيمة الثوب، والله أعلم وأحكم.

* * *

مالا يجوز من النحل

١٤١٩ - يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ، وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ أَنَّهُمَا حَدَّثَاهُ عَنِ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ أَنَّهُ قَالَ: إِنَّ أَبَاهُ بَشِيرًا أَتَى بِهِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: إِنِّى نَحَلْتُ ابْنِى هَذَا غُلامًا كَانَ لِى، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَكُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَهُ مِثْلَ هَذَا؟» فَقَالَ: لا، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «فَارْتَجِعْهُ»(١).

١٤١٩ - أخرجه البخارى فى الهبة ٢٥٨٦، ٢٥٨٧، الشهادات ٢٦٥٠. ومسلم فى الهبات ١٦٢٣. والترمذى فى الأحكام ١٣٦٧، الحدود ١٤٤٧. والنسائى فى الوصايا ٣٦٧٠، ٣٦٧١، النحل ٣٦٧٢، ٣٦٧٤، ٣٦٧٨، ٣٦٧٩، ٣٦٨٠، ٣٦٨٣، العمرى ٣٧٣٢، ٣٧٣٣، ٣٧٣٤، ٣٧٣٥، ٣٧٣٦، ٣٧٣٨، ٣٧٣٩، ٣٧٤٠، ٣٧٤١، ٣٧٤٢، ٣٧٤٣، ٣٧٤٥، ٣٧٤٦، ٣٧٤٧. وأبو داود فى البيوع ٣٥٤٢، اللباس ٤٠٦٤، ٤٠٦٥، ٤٠٦٦. وابن ماجه فى الأحكام ٢٣٧٥، ٢٣٧٦، ٢٣٨٤، ٢٣٨٥. وأحمد فى مسند الكوفيين ١٧٨٩٠، ١٧٨٩٤، ١٧٨٩٩، ١٧٩٤٣، ١٧٩٥٢، ١٧٩٨٣، ١٨٨٦٤.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٤٩/٨: هكذا روى هذا الحديث جماعة من أصحاب ابن شهاب، بهذا الإسناد، وهذا المعنى كلهم يقول فيه أن النبى ﷺ قال له: «فارجعه» وربما قال=

الشرح: قوله: «**إن أباه بشيرًا أتى به إلى رسول الله ﷺ فقال: إنى نحلت ابنى هذا غلامًا**» النحل العطية، ومعنى نحلت، أعطيت، ويحتمل من جهة اللفظ أن يكون أتى به إلى رسول الله ﷺ ليستفتيه فى جواز ذلك، ويحتمل أن يكون أتى به ليشهد رسول الله ﷺ على ذلك.

وقد ورد هذا من رواية حصين بن عامر عن الشعبى عن النعمان بن بشير «أعطانى أبى عطية، فقالت عمرة بنت رواحة: لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ، وأتى رسول الله ﷺ فقال: إنى أعطيت ابنى من عمرة بنت رواحة عطية، فأمرتنى أن أشهدك يا رسول الله، قال: أعطيت سائر ولدك مثل هذا؟ قال: لا، قال: اتقوا الله، واعدلوا بين أولادكم، قال: فرجع، فرد عطيته».

فصل: وقوله: «**فقال له رسول الله ﷺ: أكل ولدك نحلته؟**»[(٢)] مثل هذا استفهام عن

=بعضهم: «فاردده»، ولفظ حديث ابن شهاب هذا قوله: «فارجعه»، قد تابعه عليه هشام بن عروة، عن أبيه، عن النعمان بن بشير، على اختلاف عن هشام فى ذلك، وهذا حديث قد رواه جماعة، عن النعمان بن بشير، منهم الشعبى، وغيره بألفاظ مختلفة.

(٢) قال ابن عبد البر فى التمهيد: ٨/٣٥٠: واختلف الفقهاء فى هذا المعنى: هل هو على الإيجاب أو على الندب؟ فأما مالك، والليث، والثورى، والشافعى، وأبو حنيفة، وأصحابه، فأجازوا أن يخص بعض ولده دون بعض بالنحلة، والعطية على كراهية من بعضهم، على ما يأتى من أقاويلهم فى هذا الباب والتسوية أحب إلى جميعهم. وكان مالك يقول: إنما معنى هذا الحديث الذى جاء فيه، فيمن نحل بعض ولده ماله كله قال: وقد نحل أبو بكر رضى الله عنه عائشة، دون سائر ولده. حكى ذلك عنه ابن القاسم، وأشهب. وقال الشافعى: ترك التفضيل فى عطية الأبناء فيه حسن الأدب ويجوز له ذلك فى الحكم قال: وله أن يرجع فيما وهب لابنه لقول النبى ﷺ: «فارجعه» واستدل الشافعى، بأن هذا الحديث على الندب، بنحو ما استدل به مالك رحمه الله، من عطية أبى بكر عائشة. وبما رواه داود بن أبى هند، عن الشعبى، عن النعمان بن بشير، قال: «نحلنى أبى نخلا. وانطلق بى إلى النبى ﷺ ليشهده على ذلك، فقال: أكل ولدك نحلته مثل هذا؟ فقال: لا، قال أيسرك أن يكونوا لك فى البر كلهم سواء؟ قال: نعم قال: «فأشهد على هذا غيرى». قال: وهذا يدل على صحة الهبة؛ لأنه لم يأمره بردها وإنما أمره بتأكيدها بإشهاد غيره عليها، وإنما لم يشهد ﷺ عليها لتقصيره عن أولى الأشياء به، وتركه الأفضل. وقال الثورى: لا بأس أن يخص الرجل بعض ولده بما شاء. وقال أبو يوسف: لا بأس بذلك إذا لم يرد الإضرار وينبغى أن يسوى بينهم: الذكر والأنثى سواء. وقد روى، عن الثورى: أنه كره أن يفضل الرجل بعض ولده على بعض فى العطية. وكره عبدالله بن المبارك وأحمد بن حنبل: أن يفضل بعض ولده على بعض فى العطايا. وكان إسحاق يقول مثل هذا، ثم رجع إلى مثل قول=

صفقة هذا النحل؛ إذ كان منه ما يمنعه الشرع ومنه ما يبيحه، فاستوصفه عن صفته ليعلم أمن المباح هذا، أو من الممنوع ليبين له حكم القسمين أو ليأمره بارتجاع الممنوع، أو إمضاء المباح.

فلما قال له بشير: لا، وبين أنه لم ينحل سائر بنيه على مثل ما نحل هذا، وذلك أن يكون قد نحل سائر بنيه أقل مما نحل هذا أو لم ينحلهم شيئًا، أو نحل بعضهم دون بعض، فقال له رسول الله ﷺ: «**فارتجعه**» يريد إبطال النحل وارتجاعه من ابنه المنحول إلى ملك الناحل.

ويحتمل أن يكون إنما جوز ذلك ﷺ لما علم أن الهبة كانت هبة يجوز للواهب اعتصارها، فلما كانت مكروهة غير شرعية، وكانت على وجه يجوز ردها؛ لأنها لم تفت بما تفوت به الهبات، ويمنع الاعتصار لها أمره باستدراك ذلك بردها، وكذلك كل ما تمنعه الشريعة يرد ما لم يفت، وإلى هذا ذهب عيسى بن دينار من رواية ابن مزين عنه.

ويحتمل أيضًا وجهًا آخر، وهو أن يكون ما تصدق به بشير على ابنه كان جميع ماله.

وقد اختلف قول مالك فى ذلك، فروى ابن شهاب فى العتبية والموازية عن مالك فى الحديث الذى جاء فى الذى نحل ابنه عبدًا له، فقال النبى ﷺ: «أكل ولدك نحلته مثل هذا؟ قال: لا، قال: فارتجعه». قال مالك: إن ذلك فيما أرى لم يكن له مال غيره، فقلت له: فإن لم يكن له مال غيره، أيرده؟ قال: إن ذلك ليقال، وقد قضى به فى المدنية.

=الشافعى. وكل هؤلاء يقول: إن فعل ذلك أحد نفذ ولم يرد. واختلف فى ذلك، عن أحمد بن حنبل، وأصح شىء عنه فى ذلك ما ذكره الخرقى، فى مختصره، عنه قال: وإذا فاضل بين ولده فى العطية أمر برده كما أمر رسول الله ﷺ فإن فات ولم يردده فقد ثبت لمن وهب له إذا كان ذلك فى صحته، وقال طاوس: لا يجوز لأحد أن يفضل بعض ولده على بعض، فإن فعل لم ينفذ وفسخ. وبه قال أهل الظاهر، منهم داود وغيره. وروى عن أحمد بن حنبل مثله.

وحجتهم فى ذلك حديث مالك، عن ابن شهاب المذكور فى هذا الباب، قوله: «فارجعه» حملوه على الوجوب، وأبطلوا عطية الأب لبعض ولده دون بعض لقوله ﷺ «فارجعه»، ولقوله: فى حديث جابر فى هذه القصة: «هذا لا يصلح ولا أشهد إلا على حق». قالوا: وما لم يكن حقا فهو باطل، وقد قال بعضهم فى هذا الحديث، عن النعمان «هذا جور ولا أشهد على جور» ونحو هذا مما احتج به أهل الظاهر.

وقال عنه ابن القاسم فى العتبية: من تصدق بماله كله على بعض ولده، لا أره جائزًا. وقال سحنون فى العتبية: إذا تصدق بكل ماله، ولم يكن فيما أبقى منه ما يكفيه، ردت صدقته، وإن كان فى ماله بقى ما يكفيه، لم يرد.

وقال مالك فى العتبية والموازية: يجوز للرجل أن يتصدق بماله كله فى صحته، وقد فعله أبو بكر الصديق. وقال ابن القاسم: من تصدق بماله كله على بعض ولده، أكرهه، فإن فعل وحيزت عليه لم ترد بعد. وقال أصبغ وابن المواز: لا يرد.

وجه القول الأول ظاهر الحديث، وأنه نحل بعض ولده، فأمره برده، وقد حمل يحيى بن يحيى ذلك على الكراهية، فروى عنه ابن مزين أنه قال: إنما أمره رسول الله ﷺ باسترجاعه كراهية لتفضيل بعض ولده على بعض، فقال: «ارتجعه» وأهل العلم يرون ذلك جائزًا فى القضاء؛ لأن رسول الله ﷺ لم يفسخه، وإنما ندبه إلى ذلك.

وإلى هذا ذهب القاضى أبو محمد أنه يكره للإنسان أن يعطى بعض ولده جميع ماله، واحتج بحديث النعمان بن بشير، وجوز أن يعطيه بعض ماله، واحتج بحديث أبى بكر إذ قال لابنته عائشة: إنى كنت نحلتك جاد عشرين وسقًا.

قال: والفرق بينهما أنه إذا وهب البعض لم يولد ذلك عداوة؛ لأنه قد بقى ما يعطى الباقين، وإذا أعطى الكل لم يبق ما يعطى الباقين، فثبتت الأثرة، وأدى ذلك إلى العداوة والبغضاء.

قال: فإن وقع ذلك، ووهب أحدهما الكل نفذ، وإن كان مكروهًا خلافًا لأحمد بن حنبل، وقد تقدم الكلام فى ذلك.

قال القاضى أبو الوليد: وعندى أنه إذا أعطى البعض على سبيل الإيثار أنه مكروه، وإنما يجوز ذلك، ويعرى عن الكراهية إذا أعطى البعض لوجه ما من جهة يختص بها أحدهم أو غرامة تلزمه، أو خير يظهر منه، فيخص بذلك خيرهم على مثله، والله أعلم.

فإذا قلنا بالرد، فتأويل الحديث ظاهر، وهو من جهة المعنى. قال بعض البغداديين من أصحابنا: إن الإنسان ممنوع من ماله لحق نفسه كما هو ممنوع منه لحق غيره، فمنع من إتلافه لحق الوارث والزوج، فبأن يمنع منه لحق نفسه أولى.

وإن قلنا بإمضاء ذلك، فيحتمل أن يريد بالحديث رد عطيته إلى العدل بين ولده، بأن يعطيهم مثل ما أعطاه، ويحتمل أن يريد به أنه لم يكن انعقدت العطية بعد،

وإنما أرادها، فلما علم بما فيها رجع عن إمضائها، ورد العطية إلى بقائها على ملكه.

ويحتمل أن يكون كان أعطاها ابنه على حكم الوصية، فـأمره بنقـض ذلـك؛ لأنـه لا وصية لوارث، ويحتمل أن يكون كان أعطاها إياه على وجه المعاوضة مما كان يلزمه مـن النفقة عليه لمدة ما ، ولم يعط سائر ولده مثل ذلـك لذلـك الوجـه، ولا لغيره إيثـارًا لـه عليهم.

فلما أمره النبى ﷺ أن يعدل بينهم، رد ذلك البيع، ورأى فى رده السداد لابنه، والله أعلم، أى ذلك كان، ويحتمل أن تكون هذه الهبة لم تبق بيده ما ينفق على نفسه، ولا على ولده، ولعله بعد كانت عليه نفقات تعلقت بذمته فيمنع ذلك العدل بينهم.

١٤٢٠ – مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَـنْ عَائِشَـةَ زَوْجِ النَّبِـىِّ ﷺ أَنَّهَا قَالَتْ: إِنَّ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ كَانَ نَحَلَهَا جَادَّ عِشْرِينَ وَسْقًا مِنْ مَالِهِ بِالْغَابَـةِ، فَلَمَّا حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ، قَالَ: وَاللَّهِ يَا بُنَيَّةُ مَـا مِـنَ النَّـاسِ أَحَـدٌ أَحَـبُّ إِلَـىَّ غِنًـى بَعْـدِى مِنْكِ، وَلا أَعَزُّ عَلَىَّ فَقْرًا بَعْدِى مِنْكِ، وَإِنِّى كُنْتُ نَحَلْتُكِ جَادَّ عِشْرِينَ وَسْقًا، فَلَـوْ كُنْتِ جَدَدْتِيهِ وَاحْتَزْتِيهِ، كَانَ لَكِ، وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالُ وَارِثٍ، وَإِنَّمَـا هُمَـا أَخَـوَاكِ وَأُخْتَاكِ، فَاقْتَسِمُوهُ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ، قَالَتْ عَائِشَةُ: فَقُلْتُ: يَـا أَبَـتِ وَاللَّـهِ لَـوْ كَـانَ كَذَا وَكَذَا لَتَرَكْتُهُ إِنَّمَا هِىَ أَسْمَاءُ، فَمَـنِ الأُخْـرَى؟ فَقَـالَ أَبُـو بَكْـرٍ: ذُو بَطْـنِ بِنْـتِ خَارِجَةَ أُرَاهَا جَارِيَةً.

الشرح: قولها: «**أن أبا بكر كان نحلها جاد عشرين وسقًا من ماله بالغابـة**» الحديـث يقتضى أنه خصها بالنحلة دون سائر إخوتها، ورأى ذلك جائزًا له، وإن كان النبـى ﷺ قد قال لبشر فى ما وهبه لابنه النعمان: «أكـل ولـدك نحلتـه مثـل هـذا؟ قـال: لا، قـال: ارجعه» فيحتمل أن يكون أبو بكر تأول فى حديث النعمان بن بشير بعض الوجوه التـى قدمناها فى تفسيره، وأن نحلته لعائشة رضى الله عنها لم تكن على شىء من ذلك، وإنما كان لفضل عائشة على سائر إخوتها، ولذلك قال لها: «ليس أحد أحب إلىّ غنى بعدى منك»، وفى العتبية عن مالك فى الرجل يكون له الولد، فيبره، فيريد أن يعطيه عطية من ماله دون غيره: لا بأس بذلك.

فصل: وقوله: «**من ماله بالغابة**» الغابة موضع، وذلك يقتضـى صحـة الهبـة، وإن لـم

١٤٢٠ – وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٤٤.

يقترن بها قبض، وإنما تنعقد الهبة والصدقة بقول الواهب: قد وهبته لك، وفى الصدقة: قد تصدقت به عليك. وقول الموهوب له أو المتصدق عليه: قد قبلت، وأن يؤخر القبض، فيلزم، ويجبر الواهب والمتصدق على التسليم خلافًا لأبى حنيفة والشافعى فى قولهما: لا تنعقد الهبة إلا بالقبض.

والدليل على ذلك قول الله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾ [المائدة: ١] ومن جهة السنة ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «العائد فى هبته كالكلب يعود فى قيئه»(*).

ودليلنا من جهة المعنى أنه عقد من العقود، فلم يفتقر انعقاده إلى القبض كالبيع.

فصل: وقولها: «**فلما حضرته الوفاة قال: يا بنية، والله ما من الناس أحد أحب إلىّ غنى بعدى منك**» يريد أنه لما مرض مرضه الذى توفى منه، وأحس من أسباب الموت ما تيقن به الوفاة، قال لها القول المتقدم على سبيل التأنيس والإعلام لها بأنه لا يمنعه من إمضاء هبته لها عدم إشفاقه عليها، ومحبته لها، وإنما يمنعه من ذلك ما يذكره بعد هذا.

وقوله: «**أحب إلىّ بعدى منك**» يحتمل أن يريد بقوله: «**بعدى**» ممن يخلفه بعد الموت، ويحتمل أن يريد فى حياته، ويكون معنى بعدى غيرى.

فصل: وقوله: «**جاد عشرين وسقًا من تمر**» قال عيسى بن دينار: معناه جداد عشرين وسقًا من تمر نخله إذا جد. وقال ثابت قوله: «**جاد عشرين وسقًا**» يعنى أن ذلك يجد منها ويصرم. قال الأصمعى: يقال هذه أرض جاد مائة وسق، يريد أن ذلك يجد منها، فعلى تفسير عيسى قوله: «**جاد عشرين وسقًا**» صفة للثمرة الموهوبة، فتقديره وهبها عشرين وسقًا مجدودة، وعلى تفسير ثابت قوله: «**جاد عشرين وسقًا**» صفة للنخل التى وهب ثمرتها، فمعناه وهبها ثمرة نخل يجد منها عشرون وسقًا، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «**فلو كنت جدديته واحتزتيه لكان لك**» يقتضى أن الحيازة والقبض شرط فى تمام الهبة، وأنها لما لم تحز ما وهبها فى صحته لم تتم الهبة، فإن كانت هبة الثمرة على الكيل، فإن الحيازة لا تكون فيها إلا بالكيل بعد الجد، ولذلك قال لها: «**لو**

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٥٨٩، ٢٦٢١، ٣٠٠٣، ٦٩٧٥. مسلم حديث رقم ١٦٢٢. الترمذى حديث رقم ١٢٩٨. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٦٨٩، ٣٦٩١، ٣٦٩٦، ٣٦٩٧، ٣٦٩٨، ٣٦٩٩، ٣٧٠١، ٣٧٠٢. أبو داود حديث رقم ٣٥٣٨. ابن ماجه ٢٣٨٥، ٢٣٨٦. أحمد فى المسند حديث رقم ١٨٧٥.

كنت جدديته واحزتيه» وإن كان وهبها ثمرة نخل معينة، فالحيازة فيها على ما يأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وقد اختلف قول مالك فيمن تصدق بشيء في صحته، ثم مرض، فقام المعطى يطلبه، قال ابن المواز: فيه اختلاف، فروى ابن القاسم عن مالك: أن قبضه الآن لا يجوز، وإن كان غير وارث، واحتج بأن أبا بكر لم يعط ذلك عائشة لما مرض. وقال أشهب: يقضى له الآن بثلثها، وإن صح له بباقيها، ولا أرى قول من قال: تجوز كلها من الثلث، ولا قول من أبطل جميعها.

وجه قول ابن القاسم أن المرض يمنع الحيازة؛ لأنه من أسباب الموت منع الموت الحيازة؛ لأنه يؤدى إلى إبطال حق الورثة، فيتصدق الرجل بماله، ويبقى بيده إذا توفى أخذ جميعه المتصدق عليه، فمنع ذلك ما أوجبه الله من المواريث، فوجب أن يبطل.

ولما كان المرض من أسباب الموت وجب أن يمنع الحيازة كما يمنعها الموت.

وفي ذلك بابان، أحدهما: ما يكون حيازة. والثاني: ما يمنع الحيازة.

فأما الحيازة، فلا تخلو أن تكون الهبة حاضرة مع الموهوب له أو غائبة عنه، فإن كانت حاضرة، فلا يخلو أن يكون مما لا ينقل، ولا يحول كالأرضين والأصول الثابتة، أو يكون مما ينقل كالعروض والحيوان.

فإن، كانت مما لا ينقل، ولا يحول كالأرضين، فإنها على ضربين، أحدهما: أن يكون من الأرض التي لا عمل فيها.

والثاني: أن تكون من أرض المزارعة والعمل.

فأما الضرب الأول، فقد قال أصبغ في كتاب ابن حبيب: الإشهاد فيما لا يعمل فيه حيازة، فكالدين والشيء الهمل. ووجه ذلك أنها عطية كمل فيها العقد اللازم، وليست في يد المعطى، ولا فيما ينوب عن يده، فلم تفتقر إلى مباشرة القبض كالدين.

مسألة: وأما إن كانت من أرض الزراعة، فلا يخلو أن تكون الهبة في غير إبان العمل أو في إبان العمل، فإن كانت في غير إبان العمل أجزأ منها أن تكون محدودة، وفي كتاب الهبة ويشهد بتسليمها إليه، وأتم من ذلك أن يقف بالبينة على حدودها، ويشهد مع ذلك على قبضها. قال ذلك مطرف وأصبغ من رواية ابن حبيب.

وقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن تصدق على امرأته بمزرعة في آخر أيام

الحرث، وأشهد على الحيازة، ثم مات بعد ذلك بنحو شهر، ولم تحدث المرأة فيها حدثًا ولا غيره: إن كان لها عذر بين مثل أن يفجأ موته قبل أن يمكنها عمل أو إجناء شجر أو أحياء أو غرس أو إصلاح أو نحو ذلك، فالصدقة ماضية.

ووجه ذلك أنه لا يمكن فيها غير هذا من الحيازة، فأشبهت ما لا يعمر من الأرض.

فرع: وهذا إنما يكون حيازة فى مثل هذه الأرض إذا فاتت حيازتها المختصة بها موت الوارث أو مرضه مرض الموت، فأما إن بقى الواهب حتى يجىء وقت عملها، فلم يعملها للموهوب، ولا تعرض لعملها حتى مات الواهب، فإن الهبة تبطل، رواه ابن حبيب عن أصبغ.

ووجه ذلك أن ما لا ينقل ولا يحول، فإن الحيازة له بالعمل فيه، إذا أمكن بالحيازة فى أرض العمل فيها فى إبانها، فإذا جاء إبان عملها، وترك الموهوب له العمل فيها، فقد ترك حيازتها.

فرع: فإن تعرض الموهوب له للعمل، فمنعه الواهب، لم يبطل ذلك الحيازة، قاله أصبغ؛ لأن الذى أمكنه من الحيازة التعرض للعمل، وقد وجد منه.

فإذا منع من العمل مانع بيد غالبة، فهو على وهبته إلا أنه يجب أن يكون من الطلب والسعى فى التمكن من العمل على حالة يعلم بها أنه غير تارك للعمل.

فرع: فإن منعه من العمل ضعف، فلا يخلو أن يكون ضعيفًا عن البقر والآلة مع التمكن من أن يكرى أو يساقى أو يرفق غيره، أو يكون عجز عن وجوه العمل كلها، فإن كان لضعف فى الآلة مع التمكن من العمل بالكراء، والاكتراء أو المساقاة، أو الإرفاق وإحياء الشجر، فالصدقة تبطل بالموت.

وأما إن عجز عن العمارة بكل وجه، وتعرض لها بوجه من الوجوه المذكورة، فلم يصل إليها، فإن الصدقة ماضية والإشهاد يجزى فى هذا الحوز، ولو أقامت أعوامًا، والموهوب له يعرضها على هذه الوجوه، فلا يجد مع الاجتهاد فى ذلك فالحيازة بالإشهاد تامة.

روى معنى ذلك يحيى ابن يحيى عن ابن القاسم، وقاله أصبغ، وزاد: ما لم ينتفع بها المتصدق.

مسألة: ولو وهبه نخلاً هبة مطلقة، وفيها ثمر قد أبر، فالثمرة للواهب كالبيع، وحوز

الموهوب له قبض النخل، والسقى فى مال الواهب، وكذلك لو استثنى ثمرتها عشر سنين ولو كانت بيد الواهب يسقيها العشر سنين، فقد وهبها بعد عشر سنين، فإن مات قبل ذلك أو لحقه دين بطلت الهبة من كتاب ابن المواز.

ووجه ذلك أن القبض شرط فى تمام الهبة، فإن مات قبل القبض بطلت الهبة، وإن أسلم إليه النخل يعمرها المعطى، وتكون الثمرة للمعطى صح القبض، والله أعلم.

مسألة: ومن وهب ما فى بطون غنمه أو أمته، فحاز المعطى الأمهات حتى تضع، فتلك حيازة تامة كالنخل يهبه الثمرة قبل بدو الصلاح، فيحوز الرقاب، قاله ابن القاسم، وكذلك صوف الغنم ولبنها.

قال أصبغ: وإن حازها المعطى، فذلك نافذ ولدت بعد موت المعطى أو قبل ذلك، وليس للوارث بيعها فى دين الميت، ولا إدخالها فى القسم حتى تضع، وقاله أشهب فى الصوف واللبن والثمرة.

قال: وأما الأجنة، فلا تتم الحيازة فيها إلا بعد الولادة؛ لأن العتق فيه لا يجوز قبل الولادة، وقد تباع أمة قبل ذلك فى الدين المستحدث بخلاف الثمرة والزرع، فإن الثمر يرهن، ولا يرهن الجنين.

وجه قول ابن القاسم أنه نماء حاث فى العين ينفصل منه، فكملت العطية فيه يقبض الأصل كالصوف والثمرة.

ووجه قول أشهب ما احتج به، ومعناه أن العتق أقوى من الهبة؛ لأنه مبنى على السراية، فإذا لم يتعجل العتق فى الجنين قبل الولادة، فبأن لا تتعجل فيه الهبة أولى وأحرى.

وفى المدونة عن ابن القاسم فى الذى يهب للرجل ما تلد جاريته عشرين سنة: أن ذلك جائز، إذا قبض الجارية أو وضعت له على يد حائز له كالنخل يهب ثمرتها.

مسألة: وأما هبة ثمر النخل، فتجوز قبل الأبار وبعده. ومعنى ذلك أن هبة الثمرة تجوز على كل حال من أحوال الثمرة بعد وجودها وقبله، وكذلك الحيازة إذا أسلم الرقبة.

وفى المدونة عن مالك فى الذى يهب ثمرة نخله عشرين سنة: أن ذلك جائز أن حاز الموهوب له النخل أو جعلت على يد من يحوزها له. وقد قال مالك فى المدونة:

يجوز أن يهب الرجل ثمر نخله عشرين سنة إذا حاز الموهوب له النخل أو حيزت له.

ووجه ذلك أن قبض النخل أكثر ما يمكن من حيازتها، وليس للواهب أن يمتنع من تسليمها.

فرع: فإن كانت العطية على وجه العرية لا يحاول المعرى عملها، ولا الانفراد بها، فقد روى ابن حبيب فى العرية: لا يصح حيازتها إلا باجتماع أمرين أن يطلع فيها ثمره، ويقبضها المعرى، فإن عدم أحد الأمرين قبل موت المعرى بطل الإعراء. وقال أشهب: تجوز الحيازة بوجود أحد أمرين الأبار أو تسليم العطية.

ومعنى ذلك أن المعرى إنما أعطى الثمر على هذا الوجه عطاء مؤجلاً لا يقتضى إخراج الأصل عن يده، ولا قبض الثمرة إلا بعد بدو الصلاح، ولذلك كان العمل على المعرى، ولا يجبر على تسليم الرقاب لتصح الحيازة؛ لأن عطيته لم تكن على هذا الوجه.

فإن سلمها على قول ابن حبيب إلى المعرى صحت الحيازة بعد أن تظهر الثمرة؛ لأنها لم تتضمن عطية قبل وجودها.

فإذا وجدت وتبرع بالتسليم صحت الحيازة، وكملت العطية ويجوز على قول أشهب الأبار؛ لأنه به تظهر الثمرة ودخوله وخروجه عندى حيازة، فالخلاف بين أشهب وابن حبيب فى فصلين، أحدهما أن عدم التأبير عند أشهب يمنع الحيازة، وعند ابن حبيب لا يمنع ذلك الحيازة مع ظهور الطلع، لأنه عند نفس الثمرة، وإنما هذه حالة من أحوالها. والوجه الثانى أن ابن حبيب يراعى مع كون الثمرة على صفة يصح حيازتها أن يوجد قبضها القبض الأصل، ولم يشترط ذلك أشهب غير أنه قد احتج لصحة ذلك بأن قال: إن دخول المعطى وخروجه حيازة، فرجع الأمر إلى أن هنالك نوعًا من القبض به تكون الحيازة.

وظاهر قول ابن حبيب أيضًا أنها تقتضى حيازة، فيحتمل أن يجتزئ فى ذلك بما ذكره أشهب من الحيازة، ويحتمل أن ينفذ ذلك للمعرى إلا بقبض الثمرة مع الأصل فى حيازة المعرى، والله أعلم.

مسألة: وإن كانت الهبة من الدور، فلا تخلو الدار أن يكون الواهب يسكنها أو لا يسكنها، فإن كانت مما يسكنها، فلا تصح فيها حيازة إلا بإخلاء الواهب لها، إذا لم يكن فيها فضل عن سكناه.

قال مالك في العتبية: وإن كانت الدار ذات منازل يسكن فى بعضها، حيزت كلها، قال: وذلك أن عبدالله بن عمرو زيدًا صاحبى النبى ﷺ حبسا دارين لهما، فسكنا فيهما حتى ماتا، ولم يكن ذلك جلهما، فحازا ما سكنا، وما لم يسكنا.

قال ابن القاسم: ولو كانت دورًا، فسكن واحدة منها ليست جلهما، وهى تبع، حاز منها ما سكن، وما لم يسكن، سواء كان المحبس عليه صغيرًا فى حجره أو كبيرًا حائزًا لنفسه.

مسألة: ولو بقى فيها باكتراء أو إرفاق أو إعمار أو أى وجه كان، فإن عيسى روى عن ابن القاسم فى العتبية: ذلك يمنع صحة الحيازة؛ لأنه لا يصح فيها قبض ولا حيازة مع سكنى الواهب لها، إلا أن تكون الواهبة زوجة الموهوب له، فيتمادى على السكنى معها فيها.

روى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية: فإن ذلك لا يمنع صحة الحيازة، ولو كان الزوج الواهب للزوجة، فيتمادى على السكنى معها فيها لمنع ذلك صحة الحيازة؛ لأن سكناها على الزوج دون الزوجة، فسكنى الزوجة مع بقاء الزوج ليس بيد لها، وإنما اليد للزوج فى المسكن، فلذلك صح أن يحوزها الزوج مع بقاء الزوجة فيها، ولم يصح أن تحوزها الزوجة مع بقاء الزوج فيها، ومثل هذا أن يخاف الواهب، فيختفى عند الموهوب له فى تلك الدار أو يضيفه الموهوب له، فيمرض فيها، ويموت، فإن ذلك لا يبطل الحيازة، قاله ابن المواز.

زاد ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: وإن كان ذلك بعد حيازة المعطى بيوم؛ لأن هذا ليس بسكنى فى الحقيقة.

مسألة: فإن رجع إليها على وجه السكنى باكتراء أو إرفاق، فإن كان رجع إليها بعد المدة القريبة مما يرى أنه قصد إلى أن لا يخرجه منها، فاتفق أصحابنا على إبطال الصدقة. وأما بعد طول المدة، فالذى روى ابن المواز عن مالك وأصحابه: أنه إذا سكنها بعد أن حازها المعطى السنة فأكثر، فإن ذلك لا يبطل الهبة.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أنه إذا رجع إليها المعطى باكتراء أو إسكان بعد حيازة المعطى المدة الطويلة، ومات فيها، فإن الصدقة تبطل.

وجه القول الأول أن المعطى إذا كان مالك أمره، وحاز لنفسه حيازة بينة تبعد فيها التهمة، فقد صحت الهبة وكملت، فلا يضرها ما حدث بعد ذلك من سكنى المعطى.

ووجه قول ابن الماجشون أن رجوع الواهب فيما وهب مما كان عليه من السكنى، وموته فيها على ذلك، يبطل الحيازة. أصل ذلك إذا كان الموهوب صغيرًا، وما إن كان الابن صغيرًا، فحاز عليه الأب أو غيره، ثم رجع الأب إليها قبل أن يكبروا ويحوزون لأنفسهم سنة، فهى باطلة.

قال ابن المواز: لا يختلف فى ذلك قول مالك وأصحابه.

ووجه ذلك أن الكبير الحائز لنفسه يقدر على منع الأب الواهب من ذلك، فلا يعد رجوعه إليها رجوعًا فى هبته، والصغير لا يقدر على ذلك، وليست حيازة الأب حيازة تامة؛ لأنه قد يطرأ الفساد، فلذلك تبطل الهبة برجوع الأب إليها.

مسألة: فأما إن كان لا يسكنها الواهب، فحكمهما حكم الأرضين، غير أنها تختص بالغلق والقفل عليها، فإن فعل ذلك الحائز فيها، فهو تمام الحيازة لها.

وقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن تصدق على رجل بدار، فدفع مفتاحها إليه، وبرئ منها أن تلك حيازة، وإن لم يسكنها المعطى ولا أسكنها، وإن لم يفعل ذلك، فقد أجمع أصحابنا على أن حيازة الأب الواهب ابنه الصغير فيها بالإشهاد خاصة، وذلك عندى بما يتعلق بها من السكنى بالاكتراء أو الانتفاع الدائم بها، ولو كانت مهملة غير مغلقة، ولا ينتفع بها فى كراء ولا غيره لرأيت أن حكمها حكم الأرض التى لم تزرع فى إبان زراعتها، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما الحيوان وكل ما ينقل ويحول، فإن الحيازة فيه بأن يقبضه المعطى، ويخرجه عن يد المعطى وانتفاعه به، فإن كان ثوبًا منع المعطى من لبسه وانفرد المعطى بلبسه، وإمساكه، وإن كان من المتاع الذى يستعمل والرقيق الذى يستخدم، فقبضه أن يمنع المعطى من استعماله على وجه ينفرد به.

ولو وهب أحد الزوجين الآخر خادمًا أو متاعًا من متاع البيت، فقد روى ابن القاسم عن مالك فى العتبية والموازية فيمن تصدق على امرأته بخادم، وهى معه فى البيت تخدمها بحال ما كانت، فذلك جائز. وقال ابن المواز عن ابن عبدالحكم وابن القاسم عن مالك: وكذلك متاع البيت، وبه أقول.

وقال أشهب فى الكتابين: إذا أشهد لها بهذه الخادم، فتكون عندها كما كانت فى خدمتها، فهذا إلى الضعف، وما هو بالبين، وكذلك لو وهبته هى خادمها ومتاعًا فى البيت، فأقام ذلك على حاله بأيديهما، فهو ضعيف.

وجه رواية ابن القاسم أن المعطى يصح منه القبض للخادم والمتاع والحيازة، لما كان له حظ من اليد فى ذلك المكان، وتصرفه فيما لا يلزم المعطى، بخلاف الدار إن سكنت الزوجة فيها على الوجه الذى يلزم الزوج إسكانها عليه.

ووجه رواية أشهب أن الهبة على الصورة التى كانت عليها قبل العطية، فلا يصح فيها حيازة إلا بتغيرها عما كانت عليه بالنقل إلى ما ينفرد به المعطى وخروجها عن يد المعطى.

فرع: وهذا فيما يستعمل غالبًا على الوجه من الاستخدام والاستعمال. وأما ما يستعمل منفردًا كالعبد يخارج، ففى العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك فى امرأة نحلت ابنًا لها صغيرًا عبدها، وله مال، فلم يحزه الأب، ولا الولد حتى ماتت الأم: إن ذلك يختلف، فأما الغلام الذى هو للخراج، فإن ذلك ليس بحوز للصبى. وأما الغلام الذى إنما هو للخدمة، فيخدمه يختلف معه، ويقوم فى حوائجه، فإنه حوز، وكذلك لو غل أبوه الغلام، وهو مع أبيه لكان اختلافه معه، وخدمته له حوزًا.

قال مالك فى العتبية: وإن خدم الأب مع الغلام إلى أن مات الأب، فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن تصدق على أم ولده بخادم، وابنه مما يكون معها فى البيت، فالإشهاد فى كل ذلك حوز.

وأما العبد يخارج والدار تسكن والشجر، وما هو بائن عنهما، فلابد أن يحوزه، فيأخذ الخراج من العبد ويخرج السيد من الدار، ويجنى الشجر، ونحو هذا.

وأما العروض، فالقبض واللباس والعارية ونحو هذا حوزها، وإلا فلا شىء لها. وقال أصبغ: الإشهاد حوز، وإن كان ذلك فى يدها، وإن لم تعرف اللباس ولا العارية.

فرع: وأما ما وهب لابنه الصغير، ففى العتبية عن أصبغ: إن تصدق عليه ببقر وغنم وعبيد، فاحتلب الغنم، واعتمل البقر، واستخدم العبيد أمرًا خفيفًا، أو أمرًا ممزوجًا، مرة للضيف ومرة للابن، ومرة لهما، فذلك جائز، ويكون حيازة وصدقة تامة.

فصل: وهذا إذا كانت الهبة حاضرة بيده، والمعطى حاضرًا، فإن كان المُعطى والمعطى غائبين، أو أحدهما غائبًا، فلا يخلو أن تكون الهبة بيد المعطى أو فى يد غيره، فإن كانت فى يده وكان المعطى والمعطى غائبين عن الهبة، ففى العتبية من سماع ابن القاسم فيمن تصدق على ابنه الحاضر بدار ببلدة أخرى، فلم يقبضها حتى مات الابن إن كان صغيرًا، فذلك جائز له، وإن كان كبيرًا، فذلك باطل، وإن لم يفرط فى الخروج، وكذلك الأجنبى، رواه ابن المواز عن مالك.

وقال أشهب: إن أشهد، ولم يفرط فى القبض، ولعله تهيأ للخروج أو وكل، فلم يخرج حتى مات الأب، فهى جائزة، وإن فرط فذلك باطل، ورواه أيضًا ابن القاسم عن مالك.

وجه القول الأول أن للمعطى قبل القبض أن يبطل الهبة كالحاضر.

ووجه القول الثانى أن الهبة قد وجد طرفاها من الإيجاب والقبول، ولم يوجد تفريطهما فى قبضها يبطل حكمها، فوجب أن تصح كما لو أنفذها المعطى إلى المعطى.

فرع: فإذا قلنا إنها تصح مع الاجتهاد، وتبطل بالتفريط، فجهل الأمر، فقد قال ابن الماجشون وابن كنانة: إنها على التفريط حتى يثبت الاجتهاد.

ووجه ذلك أن عدم القبض يقتضى إبطال العطية، وصورة المسألة صورة ترك القبض، فلا يعدل به عن ذلك إلا أن يتبين الاجتهاد الذى يخرجه عن مقتضاه، وظاهره إلى ما يقوم مقام القبض.

مسألة: وإن كان المعطى غائبًا، فقد روى فى العتبية أبو زيد عن ابن القاسم فيمن تصدق على ابنه الكبير الغائب بعبد أو دار، فمات لأب قبل الحيازة، فذلك باطل، وكذلك لو كان قريب الغيبة، فمات الأب قبل القبض، ونحوه.

وروى عيسى عن ابن القاسم، وروى أشهب عن مالك فى العتبية والموازية فيمن تصدق فى سفره على امرأته أو ابنته، وليستا معه بعد، فمات السيد قبل أن يقدم، والعبد يخدمه: أنه إن أشهد على الإنفاذ من يعرف المرأة أو الابنة، فذلك نافذ، وإن أشهد هكذا من لا يعرفهما، فلا أدرى ما هذا.

وجه القول الأول ما قدمناه من أن موت الواهب قبل القبض مبطل الهبة. أصل ذلك الحاضر ويقوى ذلك عدم القبول.

ووجه الرواية الثانية أن الإشهاد بإنفاذها أكثر ما يمكن أن يأتى به من حيازة الهبة.

فرع: ومثل ذلك ما يشتريه الرجل فى الحج من الهدايا، ويحمله معه أو يبعث له من صلة أو هدية إلى غائب، فيموت المعطى أو المعطى قبل وصول ذلك، فإنه إن أشهد بذلك، فهى للمعطى وإن لم يشهد بذلك، ففى المدونة من مات منهما رجعت إلى ورثة المعطى.

وفى كتاب ابن حبيب: من مات منهما رجعت إلى ورثة الميت، فمعنى ما فى كتاب

ابن حبيب أنه إن مات المعطى بطلت الهدية، فرجعت إلى ورثته، وإن مات المعطى صحت الهدية، فكانت لورثته. وما فى المدونة، فقد قال أشهب فى كتاب ابن المواز مثله مفسرًا: إن من مات منهما، فلا حق فيها للمعطى. ومعنى ذلك أن عدم القبول يفسد الهدية، وإن كان المهدى حيًّا.

فرع: إذا قلنا إن الإشهاد يقوم مقام الحيازة، فقد قال أشهب عن مالك: لا يكفى فى ذلك أن يذكر ذلك للعدول حين الشراء أو غيرهم حتى يشهدهم، والذى يجزئ من الإشهاد، قال محمد: ذلك أنه إذا قال: اشهدوا علىَّ، فهذا إشهاد تام. وقال ابن عبدالحكم عن ابن القاسم: إنه إن قال لرسولين: ادفعا ذلك إلى فلان، فإنى وهبته ذلك، فهى شهادة، وإن لم يذكر، فإنى وهبته، فليس بشىء.

وروى ابن القاسم وأشهب عن مالك: أن ذلك لا يتم، وإن شهدا بذلك حتى يكون قد أشهدهما على ذلك إشهادًا أو يصل ذلك إلى المعطى فى حياة المعطى.

وجه القول الأول أنه إذا سمعا منه ما يقتضى تبتيلها، فإن ذلك يقوم مقام الإشهاد بها فى الإتيان بأكثر مما يمكن من تبتيلها، فقوله: إنى قد وهبته إياها، مع أمر الحاملين بإيصالها إلى المعطى يقوم مقام الإشهاد بها.

ووجه القول الثانى أنه لا يجزى إلا القصد إلى الإشهاد بها؛ لأن ذلك أكثر ما يمكن أن يفعل فى أمرها فأما إذا أخبر بذلك العدول حين الشراء أو بعد ذلك، ولم يقصد الإشهاد، فإن وصلت إليه فى حياة المعطى، فهى له، وأما بعد موته، فإنه لا يكون ذلك حيازة؛ لأنه لم يوجد القصد إلى ذلك من المعطى، ولا قبضت فى حياته.

مسألة: وإن كانت الهبة بغير يد المعطى، فحيازة المعطى بالطلب لها أقوى. وقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن تصدق بعبده الآبق على رجل، فطلبه المعطى واجتهد، فلم يجده إلا بعد موت المعطى، قال: هو نافذ له؛ لأنه لم يكن ذلك بيد المعطى، فالإشهاد فيه، وطلب المعطى له حوز كالدين.

مسألة: ومن كان له عند رجل وديعة، فقال: اشهدوا أنى قد تصدقت بها على فلان، ولم يأمره بقبضها، ثم مات المتصدق قبل القبض، فإن علم الذى هو عنده، فتلك حيازة، وإن لم يعلم بطلت الصدقة؛ لأنه إذا علم صار حائزًا للمعطى، فلو دفعها بعد ذلك إلى المعطى ضمنها، رواه سحنون عن ابن القاسم فى العتبية.

وروى عيسى عن ابن القاسم فيمن تصدق على رجل بمائة دينار، وكتب إلى وكيله

يدفعها إليه، فأعطاه الوكيل خمسين، ومات المعطى قبل أن يقبض الخمسين الباقية: لا شيء له غير ما قبض؛ لأن وكيله بمنزلته، رواه ابن حبيب عن مطرف وأصبغ.

والفرق بين الوكيل والمودع أن الوكيل مأمور بالدفع، فهو فيه نائب عن المعطى، والمودع ليس بمأمور بذلك، وإنما هو مأمور بحفظ الوديعة، فإذا علم أنها قد صارت للمعطى، صار حافظًا لها، وصارت يده يده.

قال ابن المواز فى الوديعة إذا جمع بينهما، وأشهد، صحت. قال: وكذلك لو قال له المعطى: دعها لى بيدك. ومعنى ذلك كله أن تعود يد المودع للمعطى، فيكون قابضًا له، وحافظًا لما أعطى بأمره، فتصح بذلك الحيازة.

مسألة: ومن أعطى رجلاً غلة كرمه سنين، وأسكنه داره، ثم تصدق بالرقبة على ابنه الصغير، قال سحنون فى العتبية: ذلك جائز، والصدقة للابن، وإن لم يشهد بأنه جعل للساكن الحيازة لابنه، ولو أشهد بذلك لكان حسنًا. قال: وأحب إلىَّ أن لو كان ذلك فى فور واحد؛ لأن أصحابنا اختلفوا فيها، وهو جائز، وإن لم يكن فى فور واحد، وبهذا قال ابن القاسم ومطرف وأصبغ من رواية ابن حبيب عنهم.

وروى عن ابن الماجشون: أنه إن كان ذلك فى فور واحد، فهو حيازة لمن أعطى الرقبة، وإن كان أسكن ثم أعطى الرقبة، فإن رجعت الرقبة، والمعطى حى، فهى للمعطى، وإن مات المعطى أو أفلس أو مرض قبل أن يرجع الرقبة، فلا شىء للمعطى. قال: وكذلك من أخدم رجلاً عبدًا، ثم بتل رقبته للآخر.

وجه القول الأول أن يد الساكن ليست بيد المعطى، فجاز أن يجوز للمعطى، كما لو كان الإسكان والعطية فى فور واحد.

ووجه القول الثانى أن الساكن لما انفردت عطيته، وتقدمت وحاز لنفسه، لم يكن حائزا لغيره كالمعطى.

مسألة: ومن وهب ما عند المعطى بعارية أو وديعة أو إجارة، فقول المعطى قبلت حيازة، وإن كانت الهبة بغير ذلك البلد. وأما إذا كان ذلك ببلد غير المعطى بأحد هذه الوجوه، فقد قال أشهب فى كتاب ابن المواز: ذلك نافذ إذا شهد. وقال ابن القاسم: إنما ذلك إذا كانت بيد رجل يحسن يريد حياته أو عارية، فيجوز للمعطى، وإن مات المعطى.

وأما فى الإجارة والرهن فلا يكون حوزًا إلا أن يشترط أن الإجارة له مع الرقبة، فيجوز ذلك. قال محمد: وقول ابن القاسم أصوب.

ووجه القول الأول أن المستأجر قابض لنفسه، فلا يمنع ذلك صحة الحيازة للمعطى كالمعار.

ووجه القول الثانى أن المعطى يأخذ عوض المنافع فى الإجارة، فصارت يد المستأجر يدهن، وذلك يمنع صحة الحيازة.

مسألة: ولو وهبه ما بيد غاصبه، لم تكن حيازة الغاصب له حيازة، رواه محمد عن ابن القاسم، ورواه ابن حبيب عن أصبغ.

وقال أشهب: ذلك قبض، وحيازة للمعطى. قال محمد: وهو أحسن؛ لأن الغاصب ضامن، فهو كدين عليه يجوز بالإشهاد.

وجه قول ابن القاسم أن يد الغاصب يد مانعة للمعطى، فلم تصح بها الحيازة كيد المعطى.

ووجه قول أشهب ما احتج به ومعناه أنها ليست بيد للمعطى، وإذا استوت يد المعطى، والمعطى صحت حيازة المعطى كالأرض المبورة والدين.

مسألة: ولو وهبته دينًا لك على غريم لك غائب، فدفعت إليه ذلك الحق، وإن لم يكن له ذكر حق، فأشهدت وقبل المعطى جاز؛ لأن الدين هكذا يقبض؛ لأنه ليس بشىء معين، قاله ابن القاسم، ورواه ابن وهب عن مالك.

وقال أشهب: لأن الغريم لو حضر لم يكن الحوز عليه بأكثر من هذا، ولو قال: لا أرضى، لم يكن له ذلك.

مسألة: ولو وهب المستودع ما عنده، فلم يقل قبلت حتى مات الواهب، قال ابن القاسم: القياس أن تبطل. وقال أشهب: بل هى حيازة جائزة، إلا أن يقول: لا أقبل. قال محمد: وهو أحب إلىّ، وذلك أن العطية بيد المعطى، فتأخر القبول لا يمنع صحتها. قال: وذلك بمنزلة من وهبته هبة، فلم يقل: قبلت، وقبضها لينظر رأيه، فمات المعطى، فهى ماضية إن رضيها، وله ردها بمنزلة من بعث بهبة إلى رجل، فأشهد فلم يصل إليه حتى مات المعطى، فله أن يقبلها، فتكون من رأس المال، فله ردها.

ووجه ما قاله ابن القاسم أن الهبة يمنع صحتها عدم القبض، فبأن يمنع صحتها عدم القبول أولى وأحرى.

فصل: ومعنى القبض، أن يقبض المعطى العطية، وتصير في يده، وإن كان ذلك بغير علم المعطى، ولا إذنه فمات المعطى قبل أن يعلم، ويرضى، فذلك حوز عند ابن المواز، **قال**: لأنه لو منعه قضى عليه بذلك.

ووجه ذلك أن القبض حوز للمعطى ليس للمعطى منعه منه، فصح بغير إذنه كما لو امتنع من ذلك، فقضى به عليه.

فرع: ولو مات المعطى، وعليه دين، فقام غريمه، فحازه، والمعطى غائب، فبقيت بيده حتى مات المعطى، فتلك تامة، حازها بسلطان أو غيره، رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ.

مسألة: وهل تصح الحيازة بغير أمر المعطى، روى ابن حبيب عن مطرف فيمن تصدق على ابنته، وهي ذات زوج بمسكن، فخزن فيه الزوج طعامًا حتى مات الأب: إن ذلك حيازة لابنته مع أن الأب إنما سلم ذلك إليه ليحوز لابنته. قال أصبغ: لا يكون ذلك حيازة لها إلا أن توكله، ورواه ابن القاسم.

وجه القول الأول ما قدمناه أن الهبة لم تبق بيد الواهب، بل هي على حالة يتساوى فيها المعطى والمعطى فلم تمنع صحة الحيازة كالدين.

ووجه قول أصبغ أنها هبة لم يقبضها المعطى، ولا من ينوب عنه، فلم تتم حيازتها كما لو كانت بيد المعطى، وهذا الأصل قد أوجب الاختلاف بين أصحابنا في عدة مسائل، والله أعلم.

مسألة: ومن تصدق بدار، ثم أنكر ذلك، فخاصمه المعطى، وأثبت ببينة، فحكم له بها، فلم يقبضها حتى مات المعطى، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون: ليس الحكم بحوز كما لو أخذ المعطى، ومات قبل أن يقبضها المعطى. وقال أصبغ ومطرف: هو حوز كما لو أقام البائع بطلب سلعته في التفليس، وتقوم بينة، فيموت المفلس قبل الحكم، أنه يقضى له بها.

وجه القول الأول ما احتج به بن حبيب من أن المفلس لا يقبل إقراره لخصمه، وأما بينة المعطى، فإنها بينت إقرار المعطى.

ووجه قول مطرف أن منع المعطى العطية مع طلب المعطى لها، ليس بأثبت من إنفاذه لها، فيموت قبل أن تصل إلى المعطى، وذلك لا يمنع الحيازة، فمنعه إياها عذر يصح معه

الحيازة، وقد وجد من المعطى القبول والطالب الذى يقوم مقام القبض، والـذى بعـث إليـه بالهدية لم يوجد منه قبول ولا طلب، وقد مضى بحيازته لعذر المسافة، ففى مسألتنا أولى.

وقد روى ابن المواز ابن القاسم: إذا وقف الإمام العطية حتى ينظر فى حجتهـا، فإنـه يقضى له بها كما لو قام فى الفلس فى سلعته، فلم يقض له بها حتى مات المفلس، فقـد قال مالك: البائع أحق بها.

وقال أشهب: أما إدخال القاضى بـين الواهـب وبينهـا حتـى لا يجـوز حكمـه فيهـا، فيقضى بما ثبت عنده فيها كما كان يقضى فى حياته. وأما إن لم يكن الواهب منع منها المعطى، فلم يطلبها، فهى باطل.

مسألة: ولو باع المعطى الهبة، فلم يقبضها المشترى حتى مات المعطـى، قـال مطـرف وابن الماجشون: البيع حيازة، رواه ابن وهب عن مالك. وقال أصبغ: ليـس البيـع بحيـازة ولا غير ذلك، إلا العتق وحده.

وجه قول الجمهور أن البيع إخراج عن الملك، فأغنى عن الحيازة كالعتق.

ووجه قول أصبغ أن العتق مبنى على التغليب والسراية، ويؤثر فى غير ملكه، وذلـك أعتق حصة من عبد، فإنه يعتق عليه سائره، وليس كذلك البيع، فإنـه لا يسـرى إلى غـير ملكه، فلم يغن عن الحيازة.

مسألة: ولو وهبه المعطى، ثم مات المعطى، فقد روى ابن وهب عن مالك: أن الهبـة حوز، وبه قال مطرف. وقال ابن القاسـم وابـن الماجشـون: إن الهبـة لا تكـون حيـازة؛ لأنها محتاجة إلى حيازة.

وجه القول الأول أن خروج العطية عن الملك حيازة كالبيع.

ووجه القول الثانى أنها لا تستغنى عن الحيازة فى نفسها، فلم يغن عنهـا غيرهـا مـن الهبات.

فرع: فإذا قلنا بقول مالك، فقد قال أشهب: إذا وهبه المعطى لآخـر، فمـات المعطـى قبل أن يحوزه، فهو له إذا وجده بعد موت السيد أو الواهب الأول، وإذا قلنا بقـول ابـن القاسم، لم يقبضه الآخر حتى مات الواهب الأول، فلا شيء له.

باب: فيما يمنع الحيازة ويبطل العطية

وهو أن يموت الواهب قبل أن يوجد ما ذكرنـاه مـن الحيـازة، أو يفلـس، أو يمـرض

مرض موته، فإذا مرض توقف عن إنفاذ الهبة، فإن مات من مرضه، قضى له بإبطالها، وإن صح كان حكمه حكم من لم يمرض فى صحة عطيته وإبطالها، ولذلك قال أبو بكر رضى الله عنه، وقد بلغ من مرضه مبلغًا تيقن الموت منه: فلو كنت جددتيه واحتزتيه كان ذلك، وإنما هو اليوم مال وارث.

فرع: إذا ثبت ذلك، فهذا حكم الهبة للواحد، يبطل جميعها أو يصح جميعها، فمن تصدق على ولده الصغير وولده الكبير أو أجنبى، فلم يقبض الأجنبى حتى مات الواهب، فقد روى ابن القاسم عن مالك: تبطل حصة الصغار وحصة الكبار. قال ابن القاسم: لا يعرف الحبس للصغار إلا بحيازة الكبار.

وروى ابن نافع وعلى بن زياد عن مالك: نصيب الصغير جائز، ويبطل نصيب الكبير، بخلاف الحبس، فإنه يبطل الجميع.

وجه رواية ابن القاسم أن الخلاف فى هذه المسألة مبنى على الخلاف فى هبة الجزء المشاع، ويحتمل أيضًا أن يكون معنى ذلك أن هذه عطية، فإذا بطل بعضها لعدم الحيازة، بطل جميعها كالحبس.

ووجه الرواية الثانية فى الفرق بين الصدقة والهبة والحبس أن الصدقة لجماعة مقتضاها القسمة، فجاز أن يبطل بعضها، ويصح بعضها، والحبس ينافى القسمة؛ لأن الرقبة باقية على ملك المحبسن وإنما تقسم الغلة، فإذا بطل بعض الحبس لعدم الحيازة، بطل جميعه.

مسألة: وأما ذهاب العقل، ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم فى امرأة تصدقت بعبد أو بدنانير فى صحتها، فلم يجز عنها حتى ذهب عقلها: أنها باطلة كالموت والتفليس، ولعله يريد بذلك أن تكون موقوفة، فإن برئت من ذلك، فهى على صدقتها، وإن اتصل ذلك بموتها، بطلت الصدقة بموتها، وقد يروى هذا اللفظ، وإنما يريدون به معنى الحيازة.

وكذلك روى عنه أصبغ فى العتبية: أنه إذا مرض المتصدق قبل الحوز، فقد بطلت، وإنما يريد بذلك أن يتصل مرضه بالموت، ولو صح من مرضه، لكان على صدقته.

مسألة: وأما المفلس، فإذا حجر عليه قبل حيازة العطية، بطلت. قال أصبغ فى العتبية: إن كانت قيمة العبد أكثر من الدين، إن بيع جميعه، وإن بيع منه بقدر الدين، قصر بعضه عن مبلغ الدين للتبعيض، يباع جميعه، فيقضى منه الدين، ويعطى ما بقى للمتصدق، ولا

شيء فيه للمتصدق عليه؛ لأن الغرماء لما استحقوه من يده، فبيع لهم فى دينهم، بطلت الصدقة كما لو استحقه مستحق.

مسألة: وهذا حكم عدم الحيازة، فأما إذا حاز العبد، وقد كان تداين دينًا يحيط بماله قبل العطية، فإن ذلك يمنع العطية، قبضت أو لم تقبض؛ لأنه ليس له أن يعطى مال غيره.

وأما إن ادان بعد العطية، وقبل الحيازة، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: الدين أولى وتبطل الصدقة والهبة.

قال أصبغ: الصدقة أولى من الدين المستحدث بعدها، وإن لم يقبض وإنما يراعى فى ذلك يوم الصدقة لا يوم الحيازة، وإنما يراعى فى ذلك مطرف وابن الماجشون، يوم الحيازة لا يوم العطية.

فرع: فإذا قلنا بمراعاة الصدقة، فقد قال أصبغ: إذا تقدم له الدين، وقد كان له وفاء يوم الصدقة، أو لم يدر الدين قبل الصدقة أو بعدها، فالصدقة أولى، وإن كان الأب حازها لولده الصغار حتى يعرف خلاف ذلك، بمنزلة ما لو استغل ما تصدق به عليهم، ولم يدر استغل لنفسه أو لهم، فإن الصدقة ماضية حتى يعلم أنه إنما كان يستغلها لنفسه دونهم.

وقال ابن القاسم من رواية أبى زيد عنه، فى الصدقة المقبوضة عنه، لا يدرى الدين قبلها أو بعدها: الصدقة أولى حتى يعلم أن الدين كان قبل الصدقة، ولو كان الأب حاز لابنه الصغير، لكان الدين أولى حتى يعلم أن الصدقة قبله، ونحوه لابن القاسم فى المدونة.

مسألة: ومن تصدق بشيء أو وهبه، فلم يحز عنه حتى باعه، فروى ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب: أن البيع أولى وتبطل الصدقة، قال ابن المواز: اضطرب فيها قول ابن القاسم، فروى عنه أبو زيد: يرد البيع، ويأخذ المعطى صدقته، وكذلك الهبة.

وفى المدونة لابن القاسم عن مالك: إذا علم المتصدق عليه بالصدقة، فلم يقبضها حتى باعها المتصدق، نفذ البيع والثمن للمتصدق عليه، وإن لم يعلم المتصدق عليه بالصدقة، فالبيع مردود، ما دام المتصدق حيًّا، فإن مات المتصدق قبل أن يعلم، فلا شيء له، والبيع ماض.

وجه القول الأول ما احتج به ابن المواز من أن البيع أقوى؛ لأن عقده حيازة يضمن به المبيع، وإن لم يقبض.

ووجه القول الثانى أن كلا العقدين يقتضى التمليك، فكان أسبقهما أولى كالبيعتين.

فرع: فإن قلنا إن البيع يبطل، فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم: إنما ذلك إذا كان العطاء لمعين يقضى له به، فإن كان لغير معين، مثل أن يجعل داره فى سبيل الله، ثم يبيعها لم أفسخ البيع؛ لأنه لا يقضى عليه بها.

وإن قلنا إن البيع ينفذ، فقد قال أشهب: تبطل الصدقة، ولا شىء للمعطى من الثمن. وقال ابن عبدالحكم: الثمن للبائع لا شك فيه.

وروى ابن حبيب عن مطرف: إن كان المعطى حاضرًا، فلم يقم حين علم بالبيع، فلا سبيل له إلى رده، وله الثمن على المعطى، فإن مات المعطى قبل أن يأخذ منه الثمن، فلا شىء عليه.

فأما القول الأول، فمبنى على ما نص عليه أشهب من أن الصدقة تبطل، وأن البيع الحادث قد منع من الحيازة.

وأما القول الثانى، فمبنى على أن الصدقة صحيحة، فإن قام المعطى على أثر ذلك، ولم يقر بإبطال البيع لكون العطية ملكًا له، وإن ترك ذلك، كان كمن بيع ملكه وهو عالم، فلم ينكر، فله الثمن إلا أنه لما كان أصله الهبة والعطية، ولم يتقدم فيه حيازة، فإن قبضه قبل فوات الحيازة بموت المعطى كملت العطية، وإلا بطلت، ولذلك قال مطرف: أنه لو كان المعطى غائبًا، فقدم فى حياة المعطى كان مخيرًا بين رد البيع، أو أخذ الثمن. وقد روى ابن حبيب والعتبى مثل ذلك عن ابن القاسم.

مسألة: ولو أعطاها الواهب لرجل آخر قبل أن يقبضها الأول، فإن حازها الثانى، فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم: الأول أولى، وتنزع من الثانى. قال ابن المواز: ليس هذا بشىء، والحائز أولى، وهو قول المغيرة فى المدونة.

وجه القول الأول أن المالك الأول أحق به.

ووجه القول الثانى أن الهبة الثانية لما قويت بالحيازة، صارت كالبيع، فمتى قدم البيع على الهبة، لزمه مثل ذلك فى الهبة الثانية، إذا قارنتها الحيازة.

وإذا قلنا بقول ابن القاسم، فقد قال أصبغ فى العتبية: إن كان المتصدق عليه علم بالصدقة، فلا شىء له، وإن كان لم يعلم أو علم ولم يفرط، وندم المتصدق، ففاجأه بأن تصدق بها على غيره، فالأول أحق بها إن أدركها قائمة، وإن فاتت كان له قيمتها على المتصدق بها، وإن فاتت.

مسألة: وإن كانت الهبة عبدًا أو أمة، فأعتقه الواهب قبل القبض أو استولد الأمة، فقد قال ابن القاسم: ينفذ العتق والاستيلاد، ولا شيء للمتصدق عليه. وروى عبدالملك ابن الحسن عن ابن وهب: يرد العتق، وإذا حملت منه الأمة، فعليه القيمة.

وجه القول الأول ما بنى عليه العتق من التغليب والسراية.

ووجه قول ابن وهب أن الهبة تقتضى التمليك، فلا يصح فيها عتق المملك كالبيع، وعليه فى الأمة القيمة لشبهة عدم القبض.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن القاسم، وكاتب الواهب العبد أو دبره أو أعتقه إلى أجل، فقد قال أصبغ: لا يرد شيء من ذلك، ولا شيء للمعطى فى خدمة المدبر، ولا كتابة المكاتب ولا رقبته، وإن عجز، قال أصبغ عن ابن القاسم: ولو قتلها رجل، فالقيمة للموهوب له.

ومعنى ذلك أن قتل القاتل له ليس بمعنى الرجوع فى الهبة. وأما العتق وما كان فى معناه، فإنه رجوع فى الهبة، ومبطل لها، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإن كان المعطى رهن العطية قبل القبض، فقد قال ابن القاسم فيمن حبس على ابنه، ثم رهنه، فمات: يبطل الرهن، ويثبت الحبس، ووجه ذلك ما تقدم.

فرع: وهذا كله فيما أحدثه الواهب فى الهبة قبل القبض، فأما ما أحدثه فى الهبة لابنه الصغير فى حجره، فبقيت فى يده، ثم باعها، فقد روى عيسى عن ابن القاسم فى رجل تصدق بثلثى غنم معينة على ابنه الصغير، وثلثه صدقة فى سبيل الله، فبقيت فى يديه زمانًا ثم عدا عليها، فباعها، ثم مات، والابن صغير: إن صدقة الابن ثابتة يأخذها من ماله، ولا شيء للسيد؛ لأن حظه لم يخرج من يده حتى مات.

فصل: وقوله: «**وإنما هو اليوم مال وارث**» يريد أن حق الوراث قد تعلق به، فيمنع ذلك الحيازة كما تمنع الحيازة تعلق حق الغرماء بمال المفلس، ويحتمل أن يكون أبو بكر قاله لما تيقن الوفاة، ويحتمل أن يكون قاله توقفًا لها، وذلك يمنع الحيازة أيضًا على وجه التوقيف فيها؛ لأنها مترقبة ممن حاز فى ذلك الوقت، فإن صح، صححت إفاقته الحيازة.

فصل: قال: «**وإنما هو أخواك وأختاك**» هكذا ورد هذا الحديث، أن ورثته من ذكر، وقد ورثه مع ذلك زوجه أسماء بنت عميس، وزوجه بنت خارجة، وترك أباه أبا قحافة عثمان بن عامر، ومات بعده فى خلافة عمر بن الخطاب إلا أنه روى أنه رد سدسه على ولد أبى بكر، ولعله قد كان وعده بذلك قبل وفاته.

ويحتمل أن يريد: إنما يرثنى بالبنوة أنت وأخواك وأختاك، يريد أن الذين يشاركونك فى هذه العطية إنما هم إخوتك على معنى التسلية لها، عما صار إلى غيرها من ذلك بأن من يصير إليهم ذلك ممن يسرك غناهم، فقالت: لو كان كذا لتركته، ويحتمل أن تريد لتركته إذا لم أستحقه، ويحتمل أن تريد لتركته، وإن كان لى ممن ذكرته ممن أحب له الغنى والخير ممن يشفق عليه.

فصل: وقولها: «**إنما هى أسماء، فمن الأخرى**» لما لم تعلم لنفسها أختًا غير أسماء، فقال لها: «**ذو بطن بنت خارجة**» يريد أن حمله يوجد، ويقال: إن اسمها حبيبة بنت خارجة بن زيد بن أبى زهير بن مالك الخزرجى، يعتقد فيها أنها جارية.

قال ابن مزين: قال بعض فقهائنا: وذلك لرؤيا رآها أبو بكر تأول فيها ذلك، وهذا لا يمتنع، فولدت بنت خارجة بنتًا سميت أم كلثوم، والله أعلم.

١٤٢١ - مَالِك عَنِ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ابْنِ عَبْدٍ الْقَارِىِّ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: مَا بَالُ رِجَالٍ يَنْحَلُونَ أَبْنَاءَهُمْ نُحْلا ثُمَّ يُمْسِكُونَهَا، فَإِنْ مَاتَ ابْنُ أَحَدِهِمْ، قَالَ: مَا لِى بِيَدِى لَمْ أُعْطِهِ أَحَدًا، وَإِنْ مَاتَ هُوَ، قَالَ هُوَ لابْنِى قَدْ كُنْتُ أَعْطَيْتُهُ إِيَّاهُ مَنْ نَحَلَ نِحْلَةً، فَلَمْ يَحُزْهَا الَّذِى نُحِلَهَا حَتَّى يَكُونَ إِنْ مَاتَ لِوَرَثَتِهِ، فَهِىَ بَاطِلٌ.

الشرح: قوله: «**ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلاً، ثم يمسكونها**» الحديث يقتضى أن إخراج العطية من يد الأب الناحل، هو الواجب أو الأفضل، فإن كان الابن بالغًا مالكًا لأمر نفسه، فحكمه حكم الأجنبى على ما تقدم.

وإن كان صغيرًا، فإن من العطايا ما لا يصح إلا بإخراج الأب العطية من يده إلى يد من يجوزها له، ومنها ما يصح حيازتها مع بقائها بيد الأب إلا أن إخراجها عن يد الأب إلى يد غيره أفضل وأبين فى صحة الحيازة.

فإذا ثبت ذلك، فإن العطايا على ضربين، منها ما لا يتعين كالدنانير والدراهم، ومنها ما يتعين كالحيوان والعروض والثياب.

فأما الدنانير والدراهم، فإنها إن بقيت بيد الواهب غير مختوم عليها، يتصرف فيها

١٤٢١ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ١٠٢/٩، وابن حزم فى المحلى ١٢٢/٩، والمغنى ٥٩٢/٥، وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٤٥.

لابنه الصغير، فقد روى عيسى عن ابن القاسم أنه إن مات الأب، وهى على ذلك، فالعطية باطلة، وكذلك لو تصدق عليه بعشرة دنانير معينة، ففى العتبية عن مالك: لا يجوز، وإن طبع عليها حتى يدفعها إلى غيره، ويخرجها عن ملكه، وذلك أنها غير معروفة العين، ولا متعينة بالإشارة إليها، ولا يصح أن يعرف أعيانها إذا أفردت من غيرها، ولم يختلف أصحابنا فى ذلك إذا وهبه عشرة دنانير من دنانيره.

فرع: وأما إذا ختم عليها، وأمسكها عنده، فقد روى عن مالك أنها تبطل. زاد ابن المواز: وإن ختم عليها الشهود والأب، وبه أخذ ابن القاسم والمصريون. وروى عنه أن العطية ماضية، وبه أخذ مطرف وابن الماجشون والمدنيون، قال مطرف: إذا ختم عليها بحضرة الشهود، وإن لم يختم عليها الشهود.

وجه القول الأول أنها مما يتعين بالعقد، فلا يصح فيها حيازة مع بقائها بيد المعطى كالتى لم يختم عليها.

ووجه القول الثانى أنها تتعين بالعقد، فإذا تميزت بالختم عليها صحت الحيازة فيها.

فرع: فأما إذا وهبه دنانير، فوضعها على يد رجل يحوزها له، فحدث للرجل سفر، ومات فقبضها الأب، فمات، فقد روى عيسى عن ابن القاسم أنها ماضية؛ لأنها حيزت مدة، فلا يبالى قبضها الأب بعد ذلك، أو لم يقبضها كالدار يتصدق بها على ولده، فيحوزها عنه سنة.

وفى كتاب محمد عن مالك فيمن تصدق على ابنه الصغير بمائة دينار، وجعلها له على يد غيره، ثم تسلفها، فمات، فذلك باطل بخلاف ما لو وهبه دينًا، ثم قبضه الأب، فظاهر هذه المسألة أن قول ابن القاسم فيها مخالف لقول مالك؛ لأنه علل إمضاء الهبة بأنها حيزت مدة وشبه ذلك بالدار تحاز سنة، ثم رجع الواهب إلى سكناها.

فالظاهر أن الواهب لو تسلفها بعد أن حيزت عنه نفذت الهبة، غير أنه إنما نص على القبض فى مسألة السفر، وأن ذلك إن كان لعذر السكنى جائز، ولم يذكر انتفاع الأب بها بعد القبض.

وذكر فى مسألة الدين قبض الأب للدين، ولم يذكر تسلفه له ولا انتفاعه به، إلا أنه لما شبه مسألة السفر بمن حيزت عنه الدار سنة، اقتضى ذلك أن انتفاعه بها بعد أن حيزت عنه، لا تبطل الحيازة، واقتضى ذلك على مذهب مالك أن قبض الأب لها بعد حيازة الأجنبى، لا يبطل الحيازة، وإنما يبطلها انتفاع الأب بها وسلفه إياها، والله أعلم وأحكم.

وجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن الحيازة قد وجدت فيها، فلا يضره ما حدث بعد ذلك كما لو وهبه دينًا له على رجل، فقبضه الأب ومات، وهو بيده، وقد اتفقا على صحته.

ووجه القول الثانى أن حيازة الأب لابنه الصغير، فيها ضعف، وكذلك الغائب عنه، وإنما تختص حيازة النائب عنه بأن الهبة تتعين بقبضه، وإن كانت مما لا يتعين، فإذا استرجعها الأب من يده، وصرفها فى منفعته، بطلت الهبة، ولو تسلفها من الكبير بعد أن تتم حيازتها، لم تبطل الهبة.

وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون، فيمن تصدق أو حبس على صغار ولده، فجعل من يجوز لهم، فحاز ذلك الأب، ثم مات الأب، فوجدت عنده: فإن ذلك يبطل. قال مطرف: إلا أن يشهد الأب أنه رد حيازتها إليه. قال ابن الماجشون: لا ينفعه ذلك إلا أن يكون حدث فى من كان يحوزها سفه، فإنه يجوز ذلك إذا أشهد، وقاله أصبغ.

وقول مطرف هو موافق لقول ابن القاسم أنه يشترط الإشهاد فى أن قبضها للحفظ للابن، وقول ابن الماجشون كذلك إلا أنه يشترط الإشهاد ضرورة الأخذ لها من الحائز بسفهه، وتتفق أقوالهم على أن لحيازة الأجنبى تأثيرًا فى صحة الحيازة، والله أعلم.

مسألة: وأما الحنطة والشعير وما يكال أو يوزن، فقد روى القاضى أبو محمد فى معونته: من قبض لابنه الصغير ما فى يده، وحاز له من نفسه، جاز إذا كان شيئًا معينًا، ولا يجوز فيما لا يعرف بعينه من الذهب والفضة والطعام وسائر المكيل والموزون إلا أن يضعه بيد غيره، ويشهد عليه، فإن أمسكها بيده لم يصح.

وقال أبو حنيفة: يصح قبضه له، وإن كان مما لا يعرف بعينه.

ووجه ذلك أن الأب قد يتلف الذهب والورق أو يتلف بغير سببه، ولا يمكن أن يعرف عينه، فلا يعلم إن كان ما وجد هو الذى كان وهبه أو غيره.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد قال الشيخ أبو بكر: يجوز أن يحوزها الأب إذا وضعها فى شىء، وختم عليها، وأشهد عليها، لأنها حينئذ تتميز، ويمكن الإشهاد عليها، ويكون كالعبد والثوب، وما يتميز عينه، وهذا على قول المدنيين فى حيازة الدنانير والدراهم ظاهر.

وأما على قول المصريين، فيحتمل أن يقول مثل ذلك فى كل مكيل أو موزون أو معدود، ويحتمل أن يفرق بينهما بأن الدنانير لا تتعين بالعقد، وهذا متفق على أنها تتعين بالعقد، والله وأعلم وأحكم.

ومن تصدق على ابنه الصغير بدار، فلم يخرج منها حتى باعها، ثم مات فيها قبل أن يقبضها المشترى، فقد روى ابن حبيب عن أصبغ: الصدقة جائزة، والثمن للولد؛ لأنه إنما مات فى دار المشترى، وسواء باعها باسم الولد أو جهل ذلك حتى تشهد البينة أنه باعها لنفسه استرجاعًا له فيها.

فإن عثر على ذلك فى حياته رد البيع، ورجعت الدار للولد، وإن لم يعثر على ذلك حتى مات الأب، بطلت الصدقة، ونفذ البيع، وسواء مات فيها أو قبضها المشترى.

وأما لو خرج منها بعد الصدقة، فسواء باعها لنفسه استرجاعًا أو على غير ذلك، فالبيع مردود للولد، مات الأب أو لم يمت، ويرجع المشترى بالثمن فى تركة الأب، ولا شىء على الابن، وإن لم يترك الأب شيئًا.

وذلك يقتضى أنه لو لم يكن ساكنًا فيها، وأشهد على احتيازها لابنه، ثم باعها باسم الاسترجاع أنه بمنزلة الذى باع بعد أن أخلاها من سكناه، وقد قال ابن القاسم فى العتبية، فيمن تصدق على ابنه الصغير بحوانيت ومساكن لها غلات، فلم يعلم أنه كان يكريها للابن باسمه أو باسم نفسه، فذلك للابن، وكذلك لو أكراها، ولم يقل أكريت لابنى، وإن لم يخرج ذلك إلى أحد غيره يحوزه لابنه، وقاله مالك، وأنكر قول من يقول: لا يجوز ذلك، إذا ثبت الكراء باسم نفسه وعابه وكرهه كراهية شديدة، وقال: هذا خلاف سنة المسلمين.

مسألة: ومن تصدق على ابنه الصغير بمائة شاة من غنمه، ولم يعينها، فعن مالك فى ذلك روايتان، ففى الموازية والعتبية عن مالك: إن لم يسم الغنم أو يصفها بما تعرف بأعيانها، وأهل البادية يسمون الإبل، والغنم كما يسمى أهل مصر الخيل، لم يجز ذلك، وبه قال ابن القاسم ومطرف.

وفى كتاب ابن المواز وابن حبيب، قال أصبغ: وقد كان يقول إذا ذكر عدة من غنمه أو خيله، وترك ذلك شركة، فهو جائز، ثم رجع عنه. زاد فى العتبية هو وأصحابه، قال ابن حبيب: وبهذا أخذ ابن وهب وابن عبدالحكم وابن الماجشون والمغيرة وابن دينار، واستثنى ابن الماجشون العين والمسكن والملبوس، فإنه يبطل، يريد إذا لبسه أو سكنه.

وجه القول الأول أنه إذا لم يعينها، فإنه لا يصح حيازتها لابنه؛ لأنه إنما يتصرف لنفسه فيها، فلا يصح قبضه لولده كالرهن المشاع لو بقى بيد الراهن لم تصح الحيازة فيه.

ووجه القول الثانى أن القبض والتسليم يصح، والفرق بين العطية والرهن أنه يحوز الأب لابنه الصغير العطية، ولا يجوز أن يحوز له ما وهب إياه.

مسألة: ومن تصدق على ابنه الصغير أو وهبه نصف غنمه، أو نصف عبيده، أو داره مشاعًا، قال القاضى أبو محمد: فيها روايتان، إحداهما: الجواز. والأخرى: الإبطال.

ومعنى ذلك أن من تصدق بجزء من ذلك، وترك باقيها لنفسه، أو جعل الباقى للسبيل، فحاز ذلك الأب حتى مات، ففى كتاب محمد والعتبية: ما كان للابن، فهو نافذ، ويبطل ما كان للسبيل، رواه أصبغ عن ابن القاسم، ورواه أشهب فى الموازية عن مالك. وقال أصبغ: أرى أن يبطل كله فى المسألتين جميعًا، ولا شىء للابن، ولا للسبيل.

وجه القول الأول أن قبضه لابنه الجزء المشاع يصح كما يصح فى المعين المفرد المتميز، ويبطل ما لابن السبيل؛ لأنه لا يحوز لهم.

ووجه القول الثانى أن قبضه الجزء المشاع لابنه، باقيه له أو راجع إليه، لا يصح؛ لأنه لا يتميز ما يقبضه لابنه مما أبقاه على ملكه كما لو وهبه عدة من جملة دراهم، فإنه لا يكون إشهاده بالحيازة لابنه حيازة، وقد رأيت معناه للقاضى أبى محمد، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولا يجوز أن يحوز للصغير والسفيه ما وهبه إلا الأب أو الوصى أو السلطان أو من يليه، فأما غير هؤلاء من أم أو أخ أو جد أو غيرهم، فلا يحوز له ما وهبه، يتيمًا كان أو ذا أب، رواه أشهب عن مالك، وبه قال ابن القاسم.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: حوز الأم على اليتيم الصغير حيازة فيما وهبته له، أو وهبه له أجنبى، وكذلك من ولى صبيًا على وجه الحسبة من الأجنبى أو من قريب، فحيازته له جائزة فيما وهبه له، هو أو غيره، وإن كانوا إنما ابتدأوا ولايته من يوم الصدقة، فذلك باطل، وقاله ابن نافع وأصبغ.

وروى يحيى بن يحيى عن ابن وهب، فيمن تصدق على يتيم له أو صغير فى حجره، هل يحوز له، فقال: لا يحوز له، إلا الأب، أو وصى الأب أو الأم، وإن لم تكن وصية،

والأجداد كالأب فى عدمه، والجدات كالأم، إذا كان فى حجر آخر من هؤلاء، وأما غيرهم، فلا يجوز له، إلا أن يبرأ منهم إلى رجل يليه.

وجه قول ابن القاسم أن غير الأب لا يلى المال بنفسه، ولا قدمه من يليه بنفسه، فلم تصح حيازته كابن العم.

ووجه قول ابن الماجشون أن هذا قد تقدمت له ولاية ونظر، فصحت حيازته له، وليس كل أحد يوصى على ولده، ولا كل أحد يستطيع أن يصل خبره إلى السلطان فيليه، أو يولى عليه، فمن كان وليه غيره على وجه الحسبة أو القرابة فى حكم الوصى.

ووجه قول ابن وهب أن كل من له عليه ولادة يجوز أن يليه، ويجوز له كالأب إلا أن بعضهم مقدم على بعض لقوة سببه.

فرع: إذا قلنا إن الوصى يجوز على يتيمه ما أعطاه، فقد قال أبو عبدالله بن العطار: إنما ذلك إذا كان مفرد النظر، فإن شاركه غيره، لم يجز له ذلك، وليخرجها إلى شريكه أو إلى غيره، قال: وقيل إن حيازته تامة.

باب: فى الذين يحاز عليهم

والذى يحاز عليه هو الصغير والبكر البالغة والسفيه، واسم اليتيم ينطلق على جميعهم، وقد نص عليه شيوخنا، وقاله أبو عبدالله بن العطار، وقد بسطت القول فيه فى كتاب السراج.

فأما الصغير، فإن حد الصغر يذكر فى الجنايات، إن شاء الله تعالى، ولم يختلف فى الصغير أنه إذا بلغ، لم يدفع إليه ماله حتى يؤنس رشدة، قاله محمد خلافًا لأبى حنيفة والشافعى فى قولهما: يدفع إليه ماله بنفس البلوغ.

والدليل على ذلك قول الله تعالى: ﴿**وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدًا فادفعوا إليهم أموالهم**﴾ [النساء :٦] فجعل تعالى إيناس الرشد شرطًا فى دفع المال إليهم بعد البلوغ.

ومن جهة المعنى أن الصغير إنما يخاف عليه إفساد المال، وتأثير الرشد فى حفظ المال أكثر من تأثير البلوغ، فإذا روعى البلوغ، فبأن يراعى الرشد أولى وأحرى.

مسألة: وأما البكر البالغة، فحكمها حكم الصغير فى الحجر ما لم تعنس، فإن عنست، ففى كتاب ابن المواز عن مالك فى البكر يجوز لها أبوها، وإن عنست، وقال أيضًا: إلا أن تكون عنست ورضيت.

وجه القول الأول أنها بكر ذات أب، لزمها حجره كالتى لم تعنس.

ووجه الرواية الثانية أنها بالغة رشيدة خبيرة بمصالحها، فزال عنها الحجر كالثيب.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد قال ابن عبدالحكم فى الموازية: يجوز لها ما لم تبلغ التعنيس الكثير، فإذا بلغت الخمسين والستين، فهذه تحوز لنفسها، ولا شىء لها، إلا أن تحوز لنفسها، وهى كالتى تلى مالها، ولا يزوجها أبوها إلا برضاها، فإن زوجها بغير رضاها لم أفسخه.

وروى ابن القاسم عن مالك: تجوز حيازته عليها، وإن رضى حالها وجاوزت الثلاثين.

قال ابن القاسم: ما لم تنس جدًا، فتبلغ الستين ونحوها، فهذه إن لم تحز لنفسها، فلا شىء لها، ووقع الاتفاق على التعنيس الكثير، وهو بلوغ الخمسين والستين، وإنما وقع الاختلاف بينهم فى ظاهر الأمر فى التعنيس الأول بسن الثلاثين، وبما زاد عليها الزيادة القريبة؛ لأن هذه لم تبرز بعد البروز التام.

وقال فى المدونة ابن القاسم: إذا عنست فى بيت والدها، لم يكن له أن يرد هبتها، ولا عتقها، ولم يحد.

وقال عن مالك: لا يجوز فعله. وقال فى المدونة أشهب عن مالك: التى بلغت أربعين سنة وخمسين سنة، إذا رضى حالها، جاز فعلها. قال محمد: وذلك عندنا فى التى لا أب لها، ولا وصى، ولا ولى من السلطان، فلم يسلم من الاختلاف بالتحديد، إلا التى بلغت الستين؛ لأنها نهاية التعنيس وابتداء الشيخوخة، والله أعلم.

مسألة: وأما السفيه، فهو الذى لا معرفة له بحفظ ماله، ووجه إصلاحه، وهل يراعى فى ذلك أن يكون معه فسق فى دينه أم لا، قال أشهب: لا ينظر إلى سفهه فى دينه، إذا كان لا يخدع فى ماله، وبه قال ابن القاسم.

وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فى المولى عليه لا يدفع إليه ماله حتى يحكم له بالرشد فى الحال والمآل، وهذا عندنا فى إزالة الحجر عنه. وأما فى رده إلى الحجر، فلا يراعى فيه فسقه، وهو قول المدنيين من أصحابنا، وقول الحسن البصرى.

وجه قول أشهب أن الصلاح فى الدين معنى لا يراعى فى الحجر عليه، فلم يراع فى حفظه كحفظ القرآن.

ووجه قول ابن الماجشون أن الصلاح فى الديـن أولى بالاعتبـار، وبـه يعلـم إصلاحـه للمال.

مسألة: وأما أم الولد، ففى العتبية من رواية يحيى بـن يحيـى عـن ابـن القاسـم، فـى أم الولد يتصدق عليها سيدها: حالها فى الحيازة حال الحرة. قال أبو عبدالله بـن العطـار: ويحوز السيد لأم ولده ما حبسه عليها لما فـى كتـاب الحبس والصدقـة مـن المدونـة: أن الرجل يحوز عطيته لمن يلى أمره، ويجوز عليه قضاؤه، يريد أن قضاء السيد يجوز علـى أم الولد فى مالها، فكانت ممن يحوز عليها.

فصل: وقوله: «**فإن مات ابن أحدهم، قال: مالى يعنى، لم أعط أحدًا**» يريد أنـه يمنـع منه ورثة الابن، «**وإن مات هو، قال: هو لابنى، قـد كنـت أعطيتـه إيـاه**» فوعـظ عمـر، ونهى عن مثل هذا، وأعلم أنه لا يحل لفاعله، وأنه إذا أعطى ابنـه عطيـة، ثـم مـات، لـم يحل له أن ينفرد بها، ويقول: هذا مالى، وربما حجر الإ عطاء، وأخفى وثيقة العطية، ولا يحل أيضًا أن يعطيه عطاء لم يبتله له، ثم يدرك المـوت الأب، فيعريـه عـن بعـض ورثتـه، ويقول: قد كنت وهبته لابنى، وهو لم يبتل الهبة.

ثم قال رضى الله عنه: «**من نحل نحلة، فلم يحزها الذى نحلها حتى تكون لورثته، فهى باطل**». وظاهر هذا اللفظ يقتضى أنه كان المنحول كبيرًا يحوز لنفسه، وأما الصغير، فقد بينا أنه قد يحوز له غيره، وقد يحوز للكبير غيره على ما قدمناه ذكـره، وإنمـا أراد بذلـك عمر ابن الخطاب أن يحوز لنفسه، أو يحوز له من يقوم مقامه فى ذلك بتوكيل، أو وجـه سائغ فى الشرع، والله أعلم.

* * *

انتهى الجزء السابع ويليه بإذن الله الجزء الثامن

وأوله باب «ما لا يجوز من العطية»

* * *

المحتويات